Universidad
Externado
de Colombia

Tradicionalmente, el sistema de fuentes del derecho se consideró rigurosamente estático e inmodificable. Esta premisa no es distinta a lo sucedido en Colombia, específicamente con el derecho mercantil. No obstante, tanto la Constitución Política de 1991 como los fenómenos conocidos como "globalización económica" y "constitucionalización del derecho privado" han impactado y modificado el esquema establecido desde 1971 en el Código de Comercio. Es así como en la actualidad el operador jurídico debe analizar la materia mercantil no solo por medio de fuentes sino también de principios. Adicionalmente resulta fundamental el papel que cumple la denominada "nueva *Lex Mercatoria*", fenómeno jurídico que regula los negocios transnacionales y que por virtud de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y el arbitraje ha sido incorporada en Colombia como criterio de creación del derecho comercial y también como mecanismo de interpretación de los negocios jurídicos.



Principios y fuentes del DERECHO COMERCIAL COLOMBIANO

Édgar Iván León Robayo

Universidad Externado de Colombia

Principios y fuentes del DERECHO COMERCIAL COLOMBIANO

Édgar Iván León Robayo

Universidad
Externado
de Colombia

ÉDGAR IVÁN
LEÓN ROBAYO

PRINCIPIOS Y FUENTES DEL DERECHO COMERCIAL COLOMBIANO

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

León Robayo, Édgar Iván

Principios y fuentes del derecho comercial colombiano / Édgar Iván León Robayo. a— Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2015.
309 páginas ; 24 cm.

Incluye bibliografía.

ISBN: 9789587722598

1. Derecho comercial — Colombia 2. Derecho comercial — Fuentes — Colombia 3. Comercio internacional — Colombia 4. Regulación del comercio exterior — Colombia 5. Contratos comerciales — Colombia I. Universidad Externado de Colombia. II. Titulo

347 SCDD 15

Catalogación en la fuente — Universidad Externado de Colombia. Biblioteca

Abril de 2015

ISBN 978-958-772-259-8

Calle 12 n.° 1-17 Este, Bogotá
Teléfono (57 1) 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: abril de 2015

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones
Composición: Marco Robayo
Impresión y encuadernación: Digiprint Editores EU
Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

A Dios.

A Karen Sofía,
nave nodriza.

A Juan Miguel,
quien desde su llegada se convirtió en el dueño de mi tiempo.

CONTENIDO

CAPÍTULO TERCERO
LA NUEVA 'LEX MERCATORIA' COMO ORIGEN Y FUENTE DEL DERECHO COMERCIAL COLOMBIANO

AGRADECIMIENTOS

Al finalizar mis estudios de Maestría en Derecho Comercial en la Universidad Externado de Colombia el jurado calificador tomó la decisión de concederme el honor de publicar mi tesis de grado. Por tal motivo, presento a consideración de la comunidad académica nacional esta obra en la cual se plasman muchas de las ideas que fueron analizadas y estudiadas por mí durante un poco más de tres años.

Este trabajo no hubiera podido ser escrito sin la generosa y desinteresada colaboración de grandes colegas y amigos. Tanto su inmerecido apoyo como sus profundos y constantes aportes intelectuales dieron lugar a importantes debates académicos y a incontables horas de búsqueda de información que permitió profundizar cada uno de los aspectos mencionados en este escrito.

Por ello, quiero expresar mis más profundos agradecimientos a ALEJANDRO VENEGAS, ex vicerrector de la Universidad del Rosario, quien me impulsó a realizar mis estudios de Maestría. A MAXIMILIANO RODRÍGUEZ, director de la tesis y cuyo consejo fue fundamental para el desarrollo de la misma. A mis maestros, FRANCISCO REYES, PABLO CÓRDOBA, ERNESTO RENGIFO, CAMILO CUBILLOS y DAVID SOTOMONTE. A los profesores JORGE OVIEDO, LUISA FERNANDA GARCÍA, YIRA LÓPEZ, FABRICIO MANTILLA e ÍNGRID ORTIZ, cuyos insumos directos fundamentan este escrito. Igualmente, a los abogados LUISA FERNANDA GUTIÉRREZ, CARLOS ANDRÉS BOTERO y DIANA SÁNCHEZ, quienes dedicaron parte de su tiempo a revisar y verificar las letras que en este trabajo se presentan. A mis compañeros ERIKA ROA, JAIME SARMIENTO y CAMILO POSADA. Por supuesto, no podría dejar de lado a mi familia, quien guardó silencio ante el sacrificio de su tiempo.

A todos ustedes, mi más profundo aprecio.

ÉDGAR IVÁN LEÓN ROBAYO

Siete años tardó la redacción de una de las obras más importantes de la historia de la humanidad: fue entre los años 1267 y 1274, cuando se gestó la *Summa Theologica*, escrita por SANTO TOMÁS DE AQUINO. Probablemente, el "Doctor Angélico" jamás imaginó que aquel escrito en el que invirtió tanto tiempo impactaría de lleno al derecho, y se convertiría en parte del sustento filosófico de la construcción jurídica de la humanidad.

En ella el Aquinate, con profundidad, manifestó: "la palabra derecho (*jus*), primeramente significaba lo justo; mas después se torció su significado para indicar el arte por el cual se sabe lo que es justo; así suele decirse, por ejemplo, que un hombre 'comparece ante el derecho' (o bien ante la justicia); y también se dice que 'ejercita el derecho' aquel a quien toca por oficio ejercitar la justicia, aun cuando sea injusto lo que determine".

A pesar de la sencillez de esta frase y la realidad que en su momento la informaba, el mundo fue testigo varios siglos después de cómo los teóricos redujeron el derecho a la ley. Aunque tal intención constituyó la forma de legitimar un esfuerzo político que tenía el propósito de justificar la organización del Estado a través de una Constitución, poco a poco fue quedando demostrado que el derecho no es un conjunto de normas o reglas, sino el principio que le da su esencia. Tal limitación, entonces, terminó confundiendo el antecedente con la consecuencia, el efecto con la causa. Es decir, se pasó, de una construcción jurídica basada en los hechos y soluciones que se daban a los problemas, a una interpretación teórica de la realidad, insuficiente en algunos aspectos, para dar respuesta a las inquietudes que se encontraban por fuera del marco de la construcción textual.

Lo anterior quedó plenamente demostrado con la creación del derecho que reguló el comercio a finales de la Edad Media, y durante el Renacimiento, fundamentado en las operaciones realizadas por los comerciantes y la costumbre mercantil. Se trataba de un derecho consular y autónomo, independiente de cualquier clase de injerencia estatal, que resultaba plenamente válido y obligatorio para aquellos a quienes se encontraba dirigido, el cual nació global, ya que no encontraba límites territoriales para su aplicación.

Posteriormente, al surgir el Estado-Nación, el soberano encontró en este sistema un esquema propicio para el reconocimiento de su autoridad, al ordenar la entrada en vigencia de normas que contenían los principios mercantiles decantados a lo largo de décadas. A través de los códigos y las

leyes, estos postulados perduraron en el tiempo y encontraron barreras de carácter territorial que impidieron su desarrollo y evolución.

Sin embargo, al terminar las grandes guerras y con el propósito de asegurar la paz, el mundo encontró que las fronteras solamente constituían una forma de limitar los sueños y que las necesidades de los ciudadanos del mundo podían ser satisfechas de forma global. Por ello, el comercio retornó a sus orígenes y se convirtió en un punto de partida para garantizar el desarrollo de los pueblos.

Pero como toda tesis tiene su antítesis, los sistemas legales comenzaron a chocar entre sí al momento de regular las operaciones mercantiles y a generar discordancias normativas para la resolución de los conflictos. De allí que fuera preciso crear un nuevo orden jurídico que permitiera reglamentar los negocios transnacionales, el cual surgió principalmente con los contratos celebrados por las partes, los laudos arbitrales proferidos en desarrollo de los mismos, y el esfuerzo de los organismos internacionales por alcanzar la tan anhelada armonización de los sistemas normativos.

Este sistema, conocido principalmente por la doctrina como la nueva *Lex Mercatoria*, surgió por fuera de los ámbitos de la creación jurídica estatal. Si bien fue reconocido por muchos como un verdadero esquema regulatorio de los negocios transnacionales, otros manifestaron su desacuerdo con su aplicación por parte de los operadores comerciales, es decir, los comerciantes, los árbitros y los jueces. Sus detractores precisaron la necesidad de que fuera un Parlamento quien dispusiera de una norma de carácter general para que tal régimen resultara obligatorio. De allí que los Estados hayan comenzado a hacer propias las regulaciones del derecho comercial internacional, no solamente a través de la aprobación de tratados internacionales en la materia, sino mediante la adopción de leyes modelo o, incluso, de normas que reconocieran su contenido y legitimidad.

Como se aprecia, se trata del mismo fenómeno ocurrido al ser creado el Estado-Nación, lo que no es nada distinto a lo ocurrido con Sísifo, personaje mitológico que fue castigado con la absurda pena de empujar eternamente una pesada roca por una ladera cuesta arriba, roca que antes de llegar a la cima rueda una y otra vez hacia abajo. Es decir, la historia es cíclica y los acontecimientos tarde o temprano siempre vuelven a su punto de partida.

Por eso el interrogante que surge en esta materia es de qué forma el derecho comercial internacional impacta a los ordenamientos jurídicos nacionales, pues resulta evidente que este sistema goza, actualmente, de toda la validez y autoridad para regular los negocios transfronterizos. Dependiendo del sistema legal del que se trate podrán generarse inconvenientes en su aplicación, ya que si bien estos principios disponen de elementos que permiten su implementación, es factible que en ocasiones choquen con las normativas internas de los países, las cuales tradicionalmente son protegidas por virtud del principio de la soberanía de la ley.

El caso colombiano puede resultar dramático en esta materia, por cuanto la legislación que rige el derecho privado tiene su punto de partida en el Código Civil, vigente para la Nación a partir de 1873, y el Código de Comercio, en vigor desde 1972. Esta normativa requiere de una urgente adaptación a la realidad y a los avances tecnológicos actuales, así como la reformulación de teorías y conceptos para que coincidan con la manera como se realizan las operaciones negociales en el siglo XXI. Por ello, el derecho transnacional uniforme se presenta como un importante desafío a la estaticidad de las normas colombianas, cuyo esquema de fuentes tradicionales ha comenzado a sufrir resquebrajamientos al mostrarse insuficiente para regular situaciones cotidianas, encontrando su remedio, principalmente, en el constitucionalismo y su influencia en todos los sectores del Estado.

Es así como esta investigación tiene como propósito responder la pregunta de si se justifica el reconocimiento y la entrada de la nueva *Lex Mercatoria* como fuente formal de creación del derecho mercantil colombiano.

En desarrollo de lo anterior, se ha previsto dividirla en tres partes principales: en primer lugar, se tratará el verdadero sistema de creación del derecho comercial, con el que se pretende reformular el esquema tradicional, que parte de la base del reconocimiento de los principios, además de las fuentes, tomando como punto de partida la Constitución, y no la ley; en segundo término, se estudiará el derecho uniforme de los contratos comerciales internacionales, y, por último, se analizará la manera como los postulados de la nueva *Lex Mercatoria* han sido transfundidos en el ordenamiento jurídico nacional a través de normas, y del reconocimiento que de ellos han hecho los jueces y árbitros en importantes fallos que decidieron casos de absoluto interés.

La metodología que se utilizará para alcanzar estos objetivos es la dogmática analítica, porque la misma, además de realizar una descripción de leyes, jurisprudencia, laudos arbitrales y doctrina, permite crear categorías conceptuales útiles para entender la hipótesis según la cual no es posible establecer *prima facie* una jerarquía estática de las fuentes del derecho sino concluir que en la actualidad estas son cambiantes y, por ende, no absolutas.

En tal medida, el primer capítulo analizará el sistema de fuentes del derecho y el de principios, para entender cómo estos originan el derecho comercial colombiano. De esta forma, se precisará el concepto de lo que debe entenderse por fuentes directas, también llamadas formales, reales o materiales, y por indirectas, conocidas igualmente como auxiliares, materiales y subsidiarias, con el propósito de establecer el esquema que realmente debe ser aplicado por los operadores jurídicos, permitiéndoles entender el funcionamiento de la disciplina mercantil en la actualidad.

El segundo, por su parte, tratará sobre el surgimiento y evolución de la nueva *Lex Mercatoria*, mediante un recuento histórico del surgimiento de este concepto, tomando como punto de partida el comercio medieval y la regulación que se formaría a partir de él, para así entender por qué razón importantes académicos del mundo le adjudican esta denominación al derecho que regula los negocios transnacionales en la actualidad. A continuación, se hará referencia a cuáles son sus fuentes y, a su vez, cómo la propia *Lex Mercatoria* puede operar en calidad de fuente.

Igualmente, se presentarán sus manifestaciones, dentro de las cuales se encuentra la unificación normativa internacional, la aplicación de sus postulados en los contratos en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, y la interpretación que de los mismos han realizado los árbitros que resuelven controversias comerciales transfronterizas. Así, resulta importante el trabajo efectuado por las organizaciones internacionales en aras de la unificación normativa, y cómo la nueva *Lex Mercatoria* ha sido admitida y trasplantada a las legislaciones estatales.

El capítulo final mostrará cómo el sistema jurídico de regulación de los negocios internacionales ha sido recogido en el ordenamiento colombiano. Esto por cuanto han comenzado a materializarse normas de carácter general que incorporan ciertas figuras del derecho uniforme, y que se plantean como las propiamente aplicables por los operadores del comercio a situaciones específicas, trayendo consigo una obligatoriedad inmanente en virtud de su autoridad característica. De la misma forma, se considera que los arbitrios complementarios, esto es, las denominadas fuentes auxiliares, deben ser revalorados y reformulados para permitir su aplicación directa a los negocios globales, dada la importancia y el reconocimiento que durante los últimos años se les ha dado a los principios generales del derecho, y a la costumbre mercantil internacional.

En este sentido, resulta igualmente importante analizar cómo algunos de los documentos propios de la nueva *Lex Mercatoria* han encontrado un ambiente propicio en el derecho colombiano. Es el caso de los Incoterms de la Cámara de Comercio Internacional, que han sido incorporados en normas legales y reconocidos como costumbre local, y los *Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales* y los *Principios de Derecho Contractual Europeo*, que sirven de fundamento en varios laudos arbitrales.

Por último, no podían olvidarse las referencias que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha realizado respecto de la nueva *Lex Mercatoria*. Especialmente, un fallo con el que se abre la posibilidad para que los contratantes puedan escoger libremente la ley aplicable para su acuerdo, sin importar que exista algún elemento internacional en su celebración. De la decisión es factible afirmar que el juez puede determinar una normativa diferente a la nacional que le permita interpretar el contrato y concretar su actividad en una decisión justa.

Esa ley aplicable, según el alto tribunal, puede referirse a cualquier clase de sistema legal. Incluso uno que haya surgido por fuera del marco normativo y del ámbito subjetivo tradicional de creación jurídica, es decir, la ley creada por un organismo estatal autorizado constitucionalmente para proferirla, como es el caso de los instrumentos de la nueva *Lex Mercatoria*.

La realidad desborda el derecho si este es entendido solamente como la ley. Esta, por naturaleza, es limitada e imperfecta. Las operaciones comerciales requieren de mecanismos expeditos y fáciles que permitan alcanzar los objetivos establecidos por las partes en sus contratos, con mayor razón, cuando estos trascienden fronteras.

La nueva *Lex Mercatoria* se constituye, entonces, en el catalizador de millones de negocios en el mundo, y tenerla en cuenta como origen del derecho local hará que sus postulados determinen una evolución económica que podrá ser beneficiosa para alcanzar un mayor desarrollo económico, con las ventajas que esto conlleva para una economía como la colombiana.

Eso es lo justo. Santo Tomás tenía razón.

CAPÍTULO PRIMERO

El sistema de creación del derecho comercial colombiano: fuentes y principios

Una de las preguntas que rondaba las mentes de los *glosadores* y *comentaristas*, académicos que ocuparon su tiempo durante la Edad Media tratando de interpretar el derecho romano, era precisamente la de cuál fue el origen del derecho[1]. La respuesta se encontró en el denominado sistema latino de fuentes, basado principalmente en el de las obligaciones –contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito y ley–. Con posterioridad, específicamente a finales de los siglos XVIII y XIX, y con ocasión del pensamiento liberal revolucionario, apareció el sistema de fuentes del derecho basado en la ley, la jurisprudencia y la doctrina.

Tal formación del origen del derecho quedó plasmada en los diferentes códigos, especialmente, en los decimonónicos de ascendencia francesa[2]. En ellos se consagraron las diferentes formas de creación jurídica debidamente clasificadas y tipificadas de forma específica para cada una de las disciplinas, especialmente en sus títulos preliminares, cuyos primeros artículos le permitieron al intérprete entender el origen de sus normas.

Este es el caso del Código de Comercio colombiano, el cual tomó como punto de partida esta materia del derecho francés, estableciendo una jerarquía de creación normativa, basada en los artículos 1.° a 9.°[3]. En tal sentido, el legislador partió de una premisa fundamental, según la cual no es posible

---

1 Según relata MERRYMAN, fue en Bolonia donde apareció la primera universidad europea moderna, donde los académicos acudían a estudiar el derecho, basado principalmente en el *Corpus Iuris Civilis*, y cuyo idioma común de estudio fue el latín, con lo cual se dio origen al derecho común europeo, el denominado por los historiadores del derecho "*ius commune*": MERRYMAN, J.H. (2012). *La tradición jurídica romano-canónica*, trad. de Eduardo L. Suárez, Fondo de Cultura Económica, México, pp. 29 y 30.

2 "Un código no es una compilación de textos dispares dentro de una misma rama del derecho. Ciertamente, algunas veces les es dado el nombre de código a dichas recopilaciones –por ejemplo, el código administrativo, el código de arrendamiento y de la propiedad, el código de los transportes, que han sido o son aún publicados por editores jurídicos–. Se trata en estas recopilaciones de publicar los principales textos de las leyes y de los reglamentos que atañen a determinada rama, pero no son nada diferente de recopilaciones privadas que reagrupan los textos de acuerdo con cierto orden y que no ofrecen una exposición metódica": LARROUMET, CH. (2006). *Derecho civil. Introducción al estudio del derecho privado, República Francesa*, Universidad del Rosario y Legis, Bogotá, pp. 102 y 103.

3 Cabe destacar que el legislador creó el sistema de fuentes mercantiles de una forma similar a la del Código Civil, donde predomina el respeto a la ley, lo cual obedece a la fuerte influencia del derecho francés. No obstante, el Código de Comercio es una normativa donde existe una mezcla de figuras propias de diferentes ordenamientos legales, como sucede, por ejemplo, con

regular absolutamente todos los negocios mercantiles ni las conductas del comercio. Por esta razón, el origen del derecho comercial nacional no puede adherirse exclusivamente a la regulación normativa, ya que hace preciso utilizar otras formas que le permiten al operador realizar su actividad jurídica.

Con el paso de los años, y transcurridas algunas décadas desde su formación y puesta en vigencia, el sistema de creación normativa partió de varias fuentes que han sido impactadas por el fenómeno de la constitucionalización y la globalización, y con ello también los orígenes estáticos determinados por los revolucionarios franceses, quienes fueron los que decantaron su teoría a partir del principio de separación de poderes, y el respeto por la ley como fuente principal, por no decir que única, de creación del derecho.

De esta manera reaparece en todo su esplendor la construcción jurídica basada en principios, en un fenómeno evolutivo que siempre tiende a volver a sus orígenes. En efecto, se trata de postulados creados al interior del propio derecho, los cuales evolucionan a la par de los acontecimientos históricos, a partir de la decantación que de los mismos realizan tanto los jueces como los árbitros en sus decisiones, y de su utilización por parte de los particulares, como también del propio Estado en sus contratos y operaciones.

Este capítulo tiene como propósito explicar, entonces, el verdadero sistema de creación jurídica del derecho comercial colombiano, partiendo de los sistemas de fuentes como principios, teniendo en cuenta que el primero se encuentra normativizado en la legislación mercantil, y que incluye dentro de sus disposiciones la utilización de los principios, los cuales día tras día se fortalecen y evolucionan.

En tal sentido, en primer lugar se hará una presentación del sistema de fuentes para, en segundo término, entender en qué consisten los principios. Posteriormente, se hará una enunciación del verdadero sistema de fuentes del Código de Comercio colombiano contemporáneo, pues este resulta atípico frente a las previsiones propias establecidas en la Carta Política y en la Ley 153 de 1887, haciéndose énfasis en las modificaciones que del mismo se introdujeran mediante la Constitución de 1991 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para, de paso, comprender el importante papel que juega dentro de este sistema la creación jurídica a través de principios.

---

el alemán –especialmente en la formación del acto jurídico– y el italiano –en materia de empresa y establecimientos de comercio–.

1. EL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO

Este apartado tiene como propósito analizar todo el contexto en el cual se desenvuelven las fuentes del derecho. En tal sentido, se comenzará por definir en qué consiste este sistema y plantear las críticas que han surgido de cara a su definición. A renglón seguido se hará una reseña de su origen, desde tiempos remotos hasta su configuración definitiva a finales del siglo XVIII y principios del XIX. Posteriormente, se analizarán todas y cada una de las clases de fuentes, se realizará una serie de comentarios a la jerarquización de las mismas y a la dinamicidad que reclama el sistema con el advenimiento del derecho global y el fenómeno de la constitucionalización, para finalizar con la regulación típica del sistema en el derecho colombiano.

1.1. CONCEPTO Y CRÍTICAS

En términos generales, la doctrina señala que las fuentes del derecho tienen por propósito estudiar la forma como se originan las normas jurídicas[4]. Es decir, la manera como se puede entender que un comportamiento, o una conducta, es derecho[5].

El problema de su determinación ha estado en la mente de los iusfilósofos durante centurias, pues su claridad teórica permite dilucidar el comportamiento jurídico de una sociedad e incluso el rumbo político e histórico del que ella depende. Como se verá más adelante, la Revolución Francesa no habría sido posible sin la determinación de la tridivisión de poderes de Montesquieu, y sin la ubicación de la ley como principal fuente del derecho. Así mismo, la consolidación geopolítica de los países anglosajones habría sido prácticamente nula sin la jurisprudencia como punto de partida de la organización social de los diversos Estados cuyo sistema es conocido con el nombre de *common law*.

---

4 Valencia Restrepo, H. (1999). *Nomoárquica, principialística jurídica o los principios generales del derecho*, Temis, 2.ª ed., Bogotá, p. 81; Suárez Moriones, G. (1990). *Manual de derecho civil. Parte general*, FUAC, Bogotá, p. 68; Romero, J.I. (2010). *Manual de derecho comercial. Parte general*, Abeledo Perrot, 3.ª ed., Buenos Aires, p. 31; Gebhardt, M. & Gersovich, C.G. (2012). *Elementos de derecho comercial*, La Ley, Buenos Aires, p. 99.

5 Muñoz de Baena, J. L.; De Prada García, A. & López Pietsch, P. (2007). *Estudio Preliminar* a Ross, Alf. *Teoría de las fuentes del derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 43.

Las fuentes del derecho se convierten entonces en la piedra filosofal de nuestra disciplina, en aquel catalizador que permite entender la formación del derecho y su interpretación[6]. En palabras de Du Pasquier: "El término fuente crea una metáfora bastante feliz, pues remontarse a las fuentes de un río es llegar al lugar en que sus aguas brotan de la tierra; de manera semejante, inquirir la fuente de una disposición jurídica es buscar el sitio en que ha salido de las profundidades de la vida social a la superficie del derecho"[7].

A pesar de lo anterior, no todos están de acuerdo con la utilización del término, como ocurre con Kelsen, para quien la expresión "fuente del derecho" se emplea no solo para designar los métodos de creación jurídica sino también para caracterizar el fundamento de la validez del derecho y, especialmente, la razón última de tal validez. Aunque este concepto generalmente es entendido como "origen del derecho", en realidad se trata de un término bastante discutido por cuanto da lugar a confusiones. En efecto, el propio Kelsen señala que las fuentes no son entidades diferentes del derecho dotadas de una existencia independiente, sino que, en todo caso, se trata del propio derecho[8].

Por ello, algunos doctrinantes consideran que sería más adecuado hacer referencia a "los modos de manifestarse los preceptos jurídicos"[9] o "formas del derecho", como lo sugiere Goldschmidt, por cuanto teóricamente el derecho es uno solo y tiene un mismo fundamento, aunque se diversifique tanto por los diversos campos de acción o aplicación de las reglas especiales derivadas de sus principios generales, como por los distintos medios y procedimientos adecuados a tales diversos campos de aplicación[10]. No obstante

6 "En un modelo práctico, al plantearse un caso o controversia entre personas, a qué elementos o instrumentos debe recurrirse en orden a resolver el caso problematizador, el punto cuestionado, el tema debatido": Suárez Moriones, ob. cit., p. 68.

7 Du Pasquier, C. (1937). *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, p. 34, citado por García Máynez, E. (1990). *Introducción al estudio del derecho*, 37.ª ed., Abogados Asociados Editores, Medellín, p. 52.

8 Así, dentro de su concepción positivista, la fuente siempre será una norma jurídica superior en relación con otra inferior. Kelsen, H. (2008). *Teoría general del derecho y del Estado*, 5.ª reimpr., UNAM, México, pp. 155 y 156.

9 Cfr. Narváez García, J.I. (2008). *Introducción al derecho mercantil*, 10.ª ed., Legis, Bogotá, p. 97.

10 Goldschmitt, J. (1944). *Problemas generales del derecho*, Buenos Aires, De Palma, p. 66, citado por Pinzón, G. (1985). *Introducción al derecho comercial*, Temis, Bogotá, p. 68.

esta disquisición académica, las fuentes del derecho son figuras generalizadas de uso común[11].

A pesar de que la definición de lo que debe entenderse por este concepto es clara y unánime, y, no obstante las fuentes se denominen de una u otra forma, la definición de cuáles son las fuentes es un asunto que todavía se encuentra en construcción. En efecto, mientras tradicionalmente se sugería que en el sistema anglosajón se partió de la jurisprudencia como fuente material del derecho, en el romano germánico se tuvo a la ley como su origen principal. Sin embargo, estos dos criterios han comenzado a variar en su fundamento, por cuanto, en el primer caso, la globalización ha dado lugar a que estos países deban establecer normas jurídicas rígidas que regulen materias comunes[12]. En el segundo, por su parte, se ha visto cómo la constitucionalización del derecho ha dado lugar a que el sistema basado en la ley adquiera una subordinación a la influencia del juez, a través de la aplicación directa de la norma fundamental, el precedente y la jurisprudencia.

Muestra de lo anterior se encuentra en teóricos contemporáneos como Ross, quien señala que las fuentes del derecho son un "conjunto de factores o elementos que ejercen influencia en la formulación, por parte del juez, de las reglas en que basa su decisión; con el agregado de que esta influencia puede variar: desde aquellas 'fuentes' que proporcionan al juez una norma jurídica ya elaborada que simplemente tienen que aceptar, hasta aquellas otras que no le ofrecen nada más que ideas e inspiración para que el propio juez formule la norma que necesite"[13].

11 Un profundo análisis del contenido sociojurídico de las fuentes y su importancia en el Estado de derecho puede verse en Oppetit, B. (1998). *Droit et modernité*, Presses Universitaires de France, París, pp. 53-64.

12 Como sucede, por ejemplo, con el Código de Comercio Uniforme de Estados Unidos –disponible en: www.law.cornell.edu/ucc/ucc.table.html, consulta realizada el 13 de julio de 2013– o los tratados de libre comercio que promueve este país. Información en: www.ustr.gov/trade-agreements, consulta realizada el 13 de julio de 2013.

13 Muñoz de Baena; De Prada García & López Pietsch, *Estudio Preliminar*, a, Ross, ob. cit., p. 44, nota 62.

1.2. ORIGEN

El sistema de fuentes positivo aparece en la historia de la humanidad como una de las consecuencias del espíritu revolucionario francés[14]. Se hacía necesario romper los esquemas propios del absolutismo propio de la Edad Media y terminar, definitivamente, con todos los rezagos del feudalismo europeo, en especial con la aristocracia por sus constantes abusos.

Fue así como MONTESQUIEU y los demás autores que inspiraron la Revolución entendieron que la única forma segura de impedir tales arbitrariedades era promoviendo la separación de los poderes legislativo y ejecutivo respecto del judicial. De esta manera surgió el Estado nacional, el cual giró ya no solamente en torno a un derecho natural, sino también alrededor de la construcción de un sistema absolutamente positivista, afincado en el concepto de la ley como fuente única del derecho y reforzado bajo el concepto nacionalista conocido desde entonces como soberanía[15]. En consecuencia se entendió que la ley constituía la "voluntad omnipotente del pueblo soberano, [...] el único factor de creación del derecho y [que] lo abarca en su totalidad. La revolución acoge el concepto de soberanía del absolutismo, limitándose a colocar al pueblo en lugar del príncipe"[16].

Adicionalmente, la tridivisión de poderes obedeció a un rechazo generalizado a los jueces de la época. Para aquel momento, la facultad de resolver conflictos era considerada como un título de propiedad que se podía comprar, vender e, incluso, heredar. Como tales, los magistrados se convirtieron en un "grupo aristocrático que apoyaba a la aristocracia terrateniente contra los campesinos y las clases medias y trabajadoras urbanas, y contra la centralización del poder gubernamental en París"[17]. Al caer las cabezas

14 ROSS, ob. cit., pp. 88 y 89.

15 "El derecho producido por los organismos internacionales y las obligaciones de los miembros de tales organismos afectaban también al Estado solo si había aceptado tal sujeción. Las leyes de un Estado podrían aplicarse en otro Estado solo si este último permitía tal aplicación. La sentencia de un tribunal de un Estado sería aplicada o no por los tribunales de otro Estado a elección de este último. La fachada del positivismo estatal era así uniforme y continua: nada que estuviera fuera del Estado podría volver efectivo el derecho dentro del Estado sin su consentimiento": MERRYMAN, ob cit., p. 52.

16 ROSS, ob. cit., pp. 88 y 89.

17 "En Francia, la aristocracia judicial era uno de los blancos de la Revolución, no solo por su tendencia a identificarse con la aristocracia terrateniente, sino también por su incapacidad para distinguir muy claramente entre la aplicación y la elaboración de la ley [...]. Los tribunales se negaban

de la aristocracia con la Revolución, igualmente, la guillotina dejó atrás la aristocracia de las togas[18].

Así, los ideólogos revolucionarios tuvieron claro que al ser la ley la principal fuente del derecho se hacía imprescindible privar al juez de toda facultad de crearlo, o de admitir que la costumbre tuviera un papel predominante en esta materia, evitando que interfirieran con el desempeño de las funciones administrativas de los funcionarios públicos[19]. "Sobre el trasfondo de muchas costumbres enrevesadas, de carácter más o menos feudal, y de una jurisprudencia que a menudo era arbitraria y corrupta bajo el *Ancien Régime*, nos resulta psicológicamente comprensible que los revolucionarios ansiaran la ley como la nueva Tierra Prometida"[20].

1.3. CLASIFICACIÓN

La doctrina ha sido prolífica en señalar cuáles son las posibles categorías en las cuales se pueden describir las diferentes fuentes del derecho en conformidad con su origen. En términos generales, estas se clasifican en: formales, reales, materiales e históricas[21].

a aplicar las leyes nuevas, las interpretaban en forma contraria a su intención o frustraban los esfuerzos de los funcionarios por administrarlas": MERRYMAN, ob. cit., pp. 40-42. Lo interesante de esta renuencia a tener en cuenta a la jurisprudencia como fuente material del derecho subsiste hasta la contemporaneidad, por cuanto algunos iusteóricos, como sucede con ROSS, predican: "El correlato de la comprensión de la ley como omnipotente es la idea de la dependencia del juez respecto del derecho. El papel del juez en una república civilizada no es otro que de ser la voz de la ley": ROSS, ob. cit., p. 88.

18 MERRYMAN, ob. cit., pp. 40-42.

19 "Solo el Estado tenía poder para elaborar leyes, de modo que ningún individuo o grupo dentro del Estado podría crear el derecho. La capacidad de los individuos para obligarse por contratos, y de los miembros de las organizaciones para adoptar reglas que efectivamente gobernaran sus relaciones internas, no les daba poderes de legisladores. Estos contratos se consideraban como arreglos privados, dotados de efecto legal solo cuando el Estado decidiera reconocerlos y hacerlos cumplir. Tampoco eran leyes los libros y artículos escritos por académicos [...], por las mismas razones": MERRYMAN, ob. cit., pp. 52 y 53. Véase, además, LARROUMET, ob. cit., p. 118.

20 ROSS, ob. cit., p. 88. MERRYMAN explica cómo un fenómeno completamente diferente se presentó en Estados Unidos e Inglaterra, pues los jueces actuaban al lado del individuo contra el abuso del poder del gobernante y, como tales, desempeñaron un papel importante en la centralización del poder gubernamental y la destrucción del feudalismo. De ahí la tradición de respeto al judicialismo y a su construcción del derecho, que ha sido característica propia del *common law*: MERRYMAN, ob. cit., pp. 40-42.

21 Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, ob. cit., pp. 51; GONZÁLEZ JÁCOME, J. (2006, julio-diciembre). "El problema de las fuentes del derecho", en *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, n.° 112, Bogotá, p.

1.2. ORIGEN

El sistema de fuentes positivo aparece en la historia de la humanidad como una de las consecuencias del espíritu revolucionario francés[14]. Se hacía necesario romper los esquemas propios del absolutismo propio de la Edad Media y terminar, definitivamente, con todos los rezagos del feudalismo europeo, en especial con la aristocracia por sus constantes abusos.

Fue así como MONTESQUIEU y los demás autores que inspiraron la Revolución entendieron que la única forma segura de impedir tales arbitrariedades era promoviendo la separación de los poderes legislativo y ejecutivo respecto del judicial. De esta manera surgió el Estado nacional, el cual giró ya no solamente en torno a un derecho natural, sino también alrededor de la construcción de un sistema absolutamente positivista, afincado en el concepto de la ley como fuente única del derecho y reforzado bajo el concepto nacionalista conocido desde entonces como soberanía[15]. En consecuencia se entendió que la ley constituía la "voluntad omnipotente del pueblo soberano, [...] el único factor de creación del derecho y [que] lo abarca en su totalidad. La revolución acoge el concepto de soberanía del absolutismo, limitándose a colocar al pueblo en lugar del príncipe"[16].

Adicionalmente, la tridivisión de poderes obedeció a un rechazo generalizado a los jueces de la época. Para aquel momento, la facultad de resolver conflictos era considerada como un título de propiedad que se podía comprar, vender e, incluso, heredar. Como tales, los magistrados se convirtieron en un "grupo aristocrático que apoyaba a la aristocracia terrateniente contra los campesinos y las clases medias y trabajadoras urbanas, y contra la centralización del poder gubernamental en París"[17]. Al caer las cabezas

14 ROSS, ob. cit., pp. 88 y 89.

15 "El derecho producido por los organismos internacionales y las obligaciones de los miembros de tales organismos afectaban también al Estado solo si había aceptado tal sujeción. Las leyes de un Estado podrían aplicarse en otro Estado solo si este último permitía tal aplicación. La sentencia de un tribunal de un Estado sería aplicada o no por los tribunales de otro Estado a elección de este último. La fachada del positivismo estatal era así uniforme y continua: nada que estuviera fuera del Estado podría volver efectivo el derecho dentro del Estado sin su consentimiento": MERRYMAN, ob cit., p. 52.

16 ROSS, ob. cit., pp. 88 y 89.

17 "En Francia, la aristocracia judicial era uno de los blancos de la Revolución, no solo por su tendencia a identificarse con la aristocracia terrateniente, sino también por su incapacidad para distinguir muy claramente entre la aplicación y la elaboración de la ley [...]. Los tribunales se negaban

de la aristocracia con la Revolución, igualmente, la guillotina dejó atrás la aristocracia de las togas[18].

Así, los ideólogos revolucionarios tuvieron claro que al ser la ley la principal fuente del derecho se hacía imprescindible privar al juez de toda facultad de crearlo, o de admitir que la costumbre tuviera un papel predominante en esta materia, evitando que interfirieran con el desempeño de las funciones administrativas de los funcionarios públicos[19]. "Sobre el trasfondo de muchas costumbres enrevesadas, de carácter más o menos feudal, y de una jurisprudencia que a menudo era arbitraria y corrupta bajo el *Ancien Régime*, nos resulta psicológicamente comprensible que los revolucionarios ansiaran la ley como la nueva Tierra Prometida"[20].

1.3. CLASIFICACIÓN

La doctrina ha sido prolífica en señalar cuáles son las posibles categorías en las cuales se pueden describir las diferentes fuentes del derecho en conformidad con su origen. En términos generales, estas se clasifican en: formales, reales, materiales e históricas[21].

a aplicar las leyes nuevas, las interpretaban en forma contraria a su intención o frustraban los esfuerzos de los funcionarios por administrarlas": MERRYMAN, ob. cit., pp. 40-42. Lo interesante de esta renuencia a tener en cuenta a la jurisprudencia como fuente material del derecho subsiste hasta la contemporaneidad, por cuanto algunos iusteóricos, como sucede con ROSS, predican: "El correlato de la comprensión de la ley como omnipotente es la idea de la dependencia del juez respecto del derecho. El papel del juez en una república civilizada no es otro que de ser la voz de la ley": ROSS, ob. cit., p. 88.

18 MERRYMAN, ob. cit., pp. 40-42.

19 "Solo el Estado tenía poder para elaborar leyes, de modo que ningún individuo o grupo dentro del Estado podría crear el derecho. La capacidad de los individuos para obligarse por contratos, y de los miembros de las organizaciones para adoptar reglas que efectivamente gobernaran sus relaciones internas, no les daba poderes de legisladores. Estos contratos se consideraban como arreglos privados, dotados de efecto legal solo cuando el Estado decidiera reconocerlos y hacerlos cumplir. Tampoco eran leyes los libros y artículos escritos por académicos [...], por las mismas razones": MERRYMAN, ob. cit., pp. 52 y 53. Véase, además, LARROUMET, ob. cit., p. 118.

20 ROSS, ob. cit., p. 88. MERRYMAN explica cómo un fenómeno completamente diferente se presentó en Estados Unidos e Inglaterra, pues los jueces actuaban al lado del individuo contra el abuso del poder del gobernante y, como tales, desempeñaron un papel importante en la centralización del poder gubernamental y la destrucción del feudalismo. De ahí la tradición de respeto al judicialismo y a su construcción del derecho, que ha sido característica propia del *common law*: MERRYMAN, ob. cit., pp. 40-42.

21 Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, ob. cit., pp. 51; GONZÁLEZ JÁCOME, J. (2006, julio-diciembre). "El problema de las fuentes del derecho", en *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, n.º 112, Bogotá, p.

1.3.1. FUENTES FORMALES

También llamadas "mandatos definitivos" o "normas no principales", se trata de un sistema de reglas, consistentes en "normas que, cuando se cumple el tipo de hecho, ordenan una consecuencia jurídica definitiva, es decir, cuando se cumplen determinadas condiciones, ordenan o permiten algo definitivamente o autorizan hacer algo"[22]. Su forma de aplicación característica es la subsunción", dado que tanto su supuesto como sus consecuencias resultan bastante explícitos y expresos[23].

Como se interpreta, tales procedimientos cumplen la función de brindarles reconocimiento como normas legales en un ordenamiento jurídico a ciertas conductas, de manera general o abstracta, para que sean cumplidas por los asociados[24]. Así mismo, la Corte Constitucional ha precisado que se trata de "los procesos de creación de normas jurídicas cuyos elementos condicionan la validez de las reglas resultantes, trátese de la legislación, la jurisprudencia o la costumbre"[25].

Este tipo de formalidades le otorga legitimidad al derecho, dado que las conductas reconocidas como fuentes derivan su autoridad de su elaboración por autoridades políticas en cumplimiento de estrictas reglas establecidas previamente por el ordenamiento jurídico[26] –la Constitución o una ley

---

286; LARROUMET, ob. cit., p. 118; MARÍN PÉREZ, P. (1974). *Introducción a la ciencia del derecho*, Tecnos, Madrid, cit. por OLANO GARCÍA, H.A. (2010). *Fuentes del derecho*, Doctrina y Ley, Bogotá, pp. XI y XII; NARVÁEZ GARCÍA, ob. cit., pp. 97; OPPETIT, B. (2006). *Teoría del arbitraje*, Legis, Bogotá, pp. 195 y 196; ROUBIER, P. (1951). *Théorie générale du droit*, 2ª. ed., Recueil Sirey, París, pp. 8 y ss.

22 VALENCIA RESTREPO, *ob. cit.*, p. 228.

23 ALEXY, R. (1994). *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*, trad. de J.M. Seña, Gedisa, Barcelona, p. 75.

24 GARCÍA MÁYNEZ, ob. cit., p. 51; ROUBIER, ob. cit., pp. 8 y ss.

25 Corte Constitucional, Sentencia C-816, noviembre 1.°/2011, M.P.: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

26 Al respecto, GARCÍA MÁYNEZ explica que en el estudio de las fuentes formales siempre se deben analizar los elementos que integran sus procesos de creación, pues esto condiciona la validez de las normas que estos engendran. El autor señala que se trata de "requisitos de índole puramente extrínseca, lo que equivale a declarar que nada tienen que ver con el contenido de las normas, es decir, con lo que estas, en cada caso, permiten o prescriben. Tal contenido deriva de factores enteramente diversos. Así, por ejemplo, en el caso de la legislación, se encuentra determinado por las situaciones reales que el legislador debe regular, las necesidades económicas o culturales de las personas a quienes la ley está destinada y, sobre todo, la idea del derecho y las exigencias de la justicia, la seguridad y el bien común": GARCÍA MÁYNEZ, ob. cit., pp. 51 y 52.

preexistente–, las cuales se encuentran dotadas de fuerza suficiente para obligar al Estado y a los particulares a cumplir sus preceptos[27].

La Corte Constitucional colombiana ha explicado la manera como se crean las fuentes formales así:

> Dos son esencialmente los caminos que pueden seguirse en la creación de las normas jurídicas generales: el reflexivo o el espontáneo. El primero da lugar a la legislación y el segundo a la costumbre. Es el tema que los doctrinantes de la teoría general del derecho tratan bajo el rubro de "las fuentes formales". Con sus habituales claridad y tino, EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ las ha definido como "procesos de creación de las normas jurídicas", distinguiendo con acierto la fase generadora, del producto que de ella resulta. Así, el proceso legislativo, tras la reflexión y deliberación que él comporta, da lugar a la ley; y el proceso consuetudinario, prolongado, espontáneo y anónimo, produce la costumbre donde a ella se le reconoce virtualidad normativa con fuerza de derecho. Mediante esos métodos (caminos) se establecen (es decir se ponen) las normas jurídicas que se llaman entonces derecho positivo[28].

En cuanto a cuáles son las fuentes formales de creación de las normas jurídicas existe consenso en la doctrina respecto de que tanto la ley como todos aquellos actos que tienen una formación y contenidos similares a ella son el principal punto de partida del derecho y, por lo tanto, ostentan un lugar de preferencia dentro de esta categoría[29]. Es así como en ellas se puede citar claramente a la Constitución, los tratados internacionales, las leyes y los decretos con fuerza de ley.

Incluso, algunos autores, como ROSS, plantean que la ley es la única fuente posible del derecho y que su aplicación posee su propio método de interpretación, la cual tiene como punto de partida el propio texto legal. Según su criterio, si el texto es claro y concierne de modo directo al caso en cuestión, la interpretación se limita a lo gramatical; "si, por el contrario, el texto es oscuro o solo indirectamente concierne al caso, tendrá lugar una interpretación lógica, que quedará circunscrita a las inferencias formales"[30].

---

27 ROUBIER, ob. cit., pp. 8 y ss.; OLANO GARCÍA, ob. cit., pp. XI y XII; OPPETIT, *Teoría del arbitraje*, cit., pp. 195 y 196; GONZÁLEZ JÁCOME, ob. cit., p. 286.

28 Corte Constitucional, Sentencia C-083, marzo 1.°/95, M.P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

29 GARCÍA MÁYNEZ, ob. cit., p. 51; GONZÁLEZ JÁCOME, ob. cit., p. 286; OLANO GARCÍA, ob. cit., pp. XI y XII; OPPETIT, *Teoría del arbitraje*, cit., pp. 195 y 196; ROUBIER, ob. cit., pp. 8 y ss.

30 El método del autor sigue dos reglas principales: (i) bajo una legislación codificada, toda decisión jurídica ha de apoyarse, directa o indirectamente, en la ley escrita, única fuente constitucional

Donde hay disenso es respecto de si otras figuras pueden hacer parte de las fuentes formales, por cuanto algunos doctrinantes consideran que las normas producidas por ellas solamente tienen un "papel residual y, en todo caso, tan solo dentro de los límites que les son adjudicados"[31]. Efectivamente, aquí se cuenta, por ejemplo, con la jurisprudencia[32], la costumbre, los contratos y la equidad[33]. Incluso, otros también citan conceptos adicionales como la naturaleza de la cosa, la analogía, la ciencia y el espíritu de la ley[34].

En resumen, y retomando a LARROUMET, en términos generales, las fuentes formales se remitirían a la ley o a la Constitución, porque son ellas las que por delegación crean todo el sistema. Sin embargo, agrega el autor, "si la ley les otorga a la costumbre, al contrato o incluso a la propia

del derecho, y (ii) la conversión de reglas jurídicas en decisiones jurídicas tiene lugar mediante la aplicación de una lógica deductiva formal, que parte de ciertos conceptos jurídico-sustantivos de carácter abstracto como elementos para la tarea de construcción jurídica (ROSS, *ob. cit.*, p. 96). De igual opinión MARTÍNEZ ESTAY, quien considera que solamente son fuentes formales las normas en general, entendiendo por tales la Constitución, la ley, las manifestaciones de la potestad reglamentaria, la jurisprudencia y la costumbre (MARTÍNEZ ESTAY, J.I. (2009). "Constitución y fuentes del derecho", en Arancibia Mattar, J. & MARTÍNEZ ESTAY, J.I. *La primacía de la persona. Estudios en Homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss*, Legal Pub., Abeledo Perrot – Universidad de los Andes de Chile, Santiago, pp. 347 y 348.

31 OPPETIT, *Teoría del arbitraje*, cit., pp. 195 y 196. Véanse, además: ROSS, ob. cit., p. 96; GONZÁLEZ JÁCOME, ob. cit., p. 286; SUÁREZ MORIONES, ob. cit., p. 71. La colocación jerárquica de las fuentes formales decide la naturaleza genérica del derecho en las cuales se inscriben. Si el énfasis está en la ley, se ubica al derecho que se nutre de ella en la escuela denominada de recepción romano-germánica. Si se radica en la costumbre y en la jurisprudencia, el tipo de derecho es el *common law* o escuela del derecho consuetudinario, de especial utilización en los países anglosajones. Una mejor comprensión de estas posiciones, sobre otras modalidades de derecho en el mundo, en DAVID, R. (1973). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, trad. de Pedro Bravo Gala, Aguilar, Madrid; LÓPEZ MEDINA, D.E. (2002). *El derecho de los jueces*, Universidad de Los Andes y Legis, Bogotá, pp. 138-140; LARROUMET, ob. cit., pp. 102, 114 y 115 y 119 y 120.

32 Al respecto deben tenerse en cuenta las consideraciones históricas mencionadas previamente para entender por qué razón la jurisprudencia es considerada como un recurso secundario o auxiliar. Según explica LÓPEZ MEDINA, esta solo opera en casos de silencio de la fuente primaria, pues los jueces se limitan a resolver "diferencias interpretativas, vacíos ocasionales, contradicciones o problemas de balanceo que se encuentran en los textos positivos. Estos 'defectos' de las normas positivas son, sin embargo, sorprendentemente escasos frente a la inmensidad de reglas y doctrinas que usualmente posee un sistema de derecho contemporáneo": LÓPEZ MEDINA, ob. cit., pp. 11 y 12.

33 GARCÍA MÁYNEZ, ob. cit., p. 51; OLANO GARCÍA, ob. cit., pp. XI y XII; MERRYMAN, ob. cit., pp. 54-56; ROUBIER, ob. cit., pp. 8 y ss.

34 MUÑOZ DE BAENA, DE PRADA GARCÍA & LÓPEZ PIETSCH, *Estudio Preliminar* a ROSS, ob. cit., p. 44.

jurisprudencia un valor obligatorio encontramos que se trata de elementos propios de la construcción de un sistema de fuentes válido"[35]. De opinión similar, ROSS señala que tales figuras son "meros factores" que adquieren connotación como derecho cuando son insertados en el sistema legal, dada su aplicación por un juez o instancia. "Cualquier pretensión en sentido contrario tiende a mantener, una vez más, la ficción de que el juez aplica un derecho ya existente"[36].

1.3.2. FUENTES REALES O NO FORMALES

A pesar de la plenitud y construcción sistemática con que pueden operar las fuentes formales, en ocasiones tales reglas no son perfectas, en tanto que los hechos atropellan al derecho. Muchas veces el intérprete no se encuentra en la posibilidad de prever ciertos acontecimientos y circunstancias, dado que los grupos humanos son dinámicos, con una existencia que no permanece estática frente a las circunstancias[37].

Por tal motivo, es preciso recurrir a esta segunda categoría de fuentes, en las que se encuentran todos aquellos hechos que suministran el contenido del derecho, los cuales determinan el contenido de las normas[38]. Y es que en este punto no es posible partir de las disposiciones dictadas formalmente por los organismos del Estado, por cuanto estas normas tienen su origen bajo dos circunstancias, claramente diferenciadas por ROUBIER: (i) reglas cuyo fundamento es la experiencia y que corresponden a las necesidades de la vida social, por lo cual son espontáneamente observadas en la práctica jurídica, y (ii) reglas doctrinales, que corresponden a un ideal de justicia y que, como principios generales, son elaboradas por académicos[39].

35 LARROUMET, ob. cit., p. 124.

36 MUÑOZ DE BAENA; DE PRADA GARCÍA & LÓPEZ PIETSCH, *Estudio Preliminar*, cit., ROSS, ob. cit., p. 44.

37 "Lo cual es más grave cuando se presentan cambios sociales que hacen aparecer verdaderas lagunas en las fuentes formales, que se quedan atrás de las concepciones de las prácticas y de las instituciones nuevas": ROUBIER, ob. cit., pp. 8 y ss.

38 "La relación entre estas y las formales podría explicarse diciendo que las segundas representan el cauce o canal por donde corren y se manifiestan las primeras": GARCÍA MÁYNEZ, ob. cit., p. 51. Cfr., además, OLANO GARCÍA, ob. cit., pp. XI y XII.

39 ROUBIER, ob. cit., pp. 8 y ss.

1.3.3. FUENTES HISTÓRICAS

GARCÍA MÁYNEZ explica que son todos aquellos documentos históricos –inscripciones, papiros, libros, etc. – "que encierran el texto de una ley o conjunto de leyes"[40]. De esta manera, fueron fuentes del derecho romano las Instituciones, el Digesto, el *Codex* y las Novelas, mientras que, del derecho español, los fueros municipales, las cartas de población y las colecciones territoriales[41].

1.3.4. FUENTES MATERIALES

Estas fuentes corresponden a los factores y el entorno con los que se produce el derecho, al igual que al "conjunto de fenómenos sociales que determinan la materia o contenido de las normas jurídicas"[42]. Así, la doctrina señala que se trata de eventos de naturaleza metajurídica, donde se encuentran ciencias y asuntos relacionados con economía, política, sociología, la presión de la comunidad internacional, la moral, los ideales de justicia de una sociedad e, incluso, el comercio transnacional[43].

1.4. JERARQUIZACIÓN, OBLIGATORIEDAD Y... ¿PERMANENCIA O MUTABILIDAD?

Uno de los aspectos que deben ser tenidos en cuenta respecto del sistema clásico de fuentes es la jerarquización que puede existir entre las diferentes categorías. Y no solamente entre ellas, sino respecto de las figuras que las contienen.

Al respecto, MERRYMAN manifiesta: "Un estatuto prevalece sobre una regulación contraria. Tanto el estatuto como la regulación prevalecen sobre una costumbre en contrario. Todo esto puede parecer muy técnico y de dudosa importancia, pero resulta básico para nuestro entendimiento de la tradición de la ley civil, ya que la función del juez dentro de esa tradición es la interpretación y la aplicación de 'la ley', como se define técnicamente en su jurisdicción"[44]. Igual ocurre con la jurisprudencia, la cual en ocasiones puede tener categoría constitucional, como se verá más adelante, o puede estar en el mismo rango o subordinada a la ley[45]. Incluso, se predica que "el juez no puede acudir a los libros y artículos de los juristas académicos, ni a las decisiones judiciales anteriores, en búsqueda del derecho"[46].

Sin embargo, MERRYMAN aclara que en los países de tradición civilista lo que es el derecho se basa en el sistema de fuentes, pues "para el típico juez, abogado o estudiante de derecho en Francia o en Argentina, la teoría tradicional de las fuentes del derecho representa la verdad básica. Forma parte de su ideología"[47]. Esto, a diferencia de los países del derecho común, donde el sistema de fuentes no obedece a ninguna teoría sistemática o jerárquica, pues el derecho no solo es la ley sino otras cosas, como las decisiones judiciales.

Sin embargo, tal construcción dogmática, como ya se ha advertido, ha comenzado a sufrir mutaciones bastante impactantes, tanto por los fenómenos económicos surgidos en virtud de la globalización[48] como por el advenimiento del constitucionalismo contemporáneo[49].

---

40 GARCÍA MÁYNEZ, ob. cit., p. 51.

41 OLANO GARCÍA, ob. cit., pp. XI y XII.

42 VALENCIA RESTREPO, ob. cit., p. 82.

43 OLANO GARCÍA, ob. cit., pp. XI y XII; OPPETIT, *Teoría del arbitraje*, cit., pp. 195 y 196.

44 MERRYMAN, ob. cit., pp. 54-56.

45 "Tanto el positivismo estatal como el dogma de la separación de poderes requieren que el juez recurra solo a 'la ley' al decidir las controversias. Se supone que cualquiera que sea el problema que pueda presentársele, el juez podrá encontrar alguna forma de ley para aplicarla, ya sea un estatuto, una regulación o una costumbre aplicable": MERRYMAN, ob. cit., pp. 54-56.

46 Ibíd. Sin embargo, esta postura es absolutamente criticable, como se verá con posterioridad al hacer referencia a la doctrina.

47 Ibíd., p. 57.

48 No solo por la influencia de las relaciones económicas y los negocios celebrados entre los nacionales de los diferentes países sino también con la declinación de soberanía a favor de organismos internacionales, especialmente de países europeos y latinoamericanos. Todo esto será tratado en los capítulos segundo y tercero de este documento.

49 "Es posible que la innovación más extraordinaria haya sido el fuerte movimiento hacia el constitucionalismo, con su hincapié en la rigidez funcional, y por ende, la superioridad de las constituciones escritas como fuente del derecho. Tales constituciones, que eliminan el poder de la legislatura para enmendar mediante la acción legislativa ordinaria, reducen el monopolio de la legislatura en materia de producción de leyes": MERRYMAN, ob. cit., p. 56. Esto sin contar, por ejemplo, con mecanismos como el referendo, en el que se le cede la facultad de cambiar la Constitución y la ley al propio pueblo.

1.5. EL SISTEMA GENERAL DE FUENTES DEL DERECHO COLOMBIANO

Durante décadas, Colombia rigió su sistema de fuentes del derecho por los preceptos contenidos en la parte primera de la Ley 153 de 1887, normativa que contiene la forma como debe surgir el derecho en sus diferentes categorías. Así, a manera de ejemplo, el artículo 4.° señala: "Los principios de derecho natural y las reglas de jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes". De la misma manera, el artículo 8.° establece: "Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho"[50].

Sin embargo, actualmente, el sistema de fuentes general se encuentra regulado por el artículo 230 de la Carta Política, que establece: "Los jueces en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley". Y agrega: "La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial"[51].

Esta disposición ha sido analizada por la Corte Constitucional, cuya jurisprudencia en términos específicos indica que las fuentes del derecho según la norma fundamental se encuentran clasificadas en dos grupos que tienen diferente jerarquía[52]:

– Una fuente obligatoria, en la que se ratifica el imperio de la ley, tanto en sentido formal como material, y en la que se subsumen temas como la costumbre y la analogía[53].

50 Además de otras múltiples disposiciones que, por razones de espacio, no pueden ser incluidas en este documento.

51 En razón a lo dispuesto por el artículo 4.° C.P., que señala: "La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales". Las disposiciones que regulan las fuentes del derecho en la Ley 153 de 1887 quedaron subordinadas a la normativa fundamental, como lo ha establecido de manera reiterada la Corte Constitucional. Como se verá más adelante, sobre estas disposiciones se abre paso la constitucionalización en el esquema de fuentes del derecho y, especialmente, en el sistema del derecho privado, específicamente del comercial.

52 Corte Constitucional, Sentencia C-131, abril 1.° de 1993, M.P.: Alejandro Martínez Caballero. Precisamente, este sistema coincide con el establecido en el Código de Comercio para la formación del derecho mercantil colombiano.

53 Posteriormente, se criticará la calidad de fuentes auxiliares del derecho de los principios generales del derecho y de la doctrina.

– Las fuentes auxiliares, donde se encuentran la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina[54].

Sin embargo, es factible encontrar en la interpretación del alto tribunal una serie de variaciones a esta jerarquización, las cuales se contraponen a lo escrito en la propia Carta Política, según se verá con posterioridad.

2. EL SISTEMA DE PRINCIPIOS

Inicialmente podría pensarse que los principios en un contexto positivista hacen parte de las fuentes como un mecanismo auxiliar de creación jurídica. Sin embargo, el devenir de los tiempos y los cambios que en esta materia han traído tanto el constitucionalismo como la globalización han hecho que estos readquieran una contextualización diferente y novedosa dentro del sistema.

Por tal motivo, este apartado busca extraer a los principios de su contextualización tradicional como fuentes, dada su importancia actual. De este modo, se analizará su concepto, funciones de creación, interpretación e integración, e importancia. Así mismo, se precisará la manera como operan frente a las fuentes del derecho, y en especial respecto de las reglas, la jurisprudencia y la costumbre.

2.1. CONCEPTO

Desde un punto de vista estrictamente lingüístico, la palabra "principio" es definida por el Diccionario de la Lengua Española como el primer instante del ser de algo; un punto que se considera como primero en una extensión o en una cosa; la base, el origen, la razón fundamental sobre la cual se procede discurriendo en cualquier materia y, como es lógico, la causa o el origen de algo. Igualmente, la Real Academia precisa que por "principio" también se debe entender cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes, o de una norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta. Desde un punto de vista jurídico, precisa que se trata de una "norma no legal suple-

54 Olano García, ob. cit., pp. xi y xii.

toria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales"[55].

Por lo general, las definiciones jurídicas dadas por este diccionario carecen de precisión respecto de sus contenidos. Por esa razón, se hace necesario acudir a conceptos legales o doctrinales que permitan definir correctamente las figuras, de manera que estas realmente sean lo suficientemente fieles para entender su completo contenido.

Al analizar la definición de ALEXY respecto de los principios se encuentra que la conceptualización que se mencionó previamente va mucho más allá, por cuanto a su juicio se trata de verdaderas "normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas"[56]. VALENCIA RESTREPO tiene la misma concepción, pues para él son "normas jurídicas fundamentales, imperativas, universales, tópicas, axiológicas, implícita o explícitamente positivas, que sirven para crear, interpretar e integrar el ordenamiento"[57].

Es decir, en los principios se "concentra el sentido común o la experiencia, donde se condensan los valores superiores que en el derecho viven y donde pueden descubrirse la virtualidad y exigencia operativa de estos"[58].

2.2. ¿ORIGEN O DESCUBRIMIENTO?

Los principios pueden tener su origen en necesidades propias del derecho, de manera que su existencia le permita funcionar a cabalidad, o de su consagración expresa en una norma positiva. Al respecto, explica VALENCIA RESTREPO: "El origen positivo de los principios no es más que la elevación de las necesidades jurídicas antedichas a normas explícitamente positivas. Es así como el origen positivo se constituye en un refuerzo normativo –no requerido imprescindiblemente– a la necesidad de que se den unas adecuadas y no arbitrarias no subjetivas creación, interpretación e integración del derecho"[59].

Esta postura fue acogida por la Corte Suprema de Justicia al analizar el artículo 81 de la Ley 157 de 1887, cuando manifestó: "esas reglas generales del derecho se hallan así por disposición expresa de la ley, erigidas en normas reguladoras de la vida jurídica"[60]. En una decisión más reciente, el alto tribunal indicó:

> En verdad los principios ingresan al torrente jurídico como lo hacen las palabras al idioma, es decir, surgen en la práctica común, su existencia depende del uso y de la adhesión de los hablantes. [...] Transpuesto a los principios, cuando el legislador o los jueces aplican el principio o este ha sido consagrado en fórmulas legales o constitucionales –es decir, se ha positivizado– se produce apenas la verificación de una existencia irrebatible, pero este acto de reconocimiento nada añade en su validez formal, pues su fuente y existencia es puramente axiológica[61].

Según VALENCIA RESTREPO, los principios provienen de tres vías: la ley, la jurisprudencia y la doctrina. La primera se emplea cuando el constituyente, el legislador, la administración y cualquier otro órgano de producción jurídica los haya formulado expresamente. En caso de que esto no haya ocurrido se debe acudir a los fallos judiciales, donde los jueces los reconocen para decidir una controversia o un punto de derecho y les dan validez obligatoria[62]. Finalmente, a falta de principios obtenidos por las dos vías mencionadas, estos se encuentran latentes en la doctrina[63].

En cualquier evento, el intérprete, una vez se encuentra decantado el principio con ayuda de su intuición emotiva y sentido común, podrá aplicarlo siempre al caso concreto por deducción, y obtener así la respuesta requerida[64].

55 Al respecto, véase: http://lema.rae.es/drae/?val=principio, consulta realizada el 16 de julio de 2013.

56 "Esto significa que pueden ser realizados en diferente grado y que la medida de su realización depende no solo de las posibilidades fácticas sino jurídicas. Las posibilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas esencialmente, a más de por las reglas, por los principios opuestos". Por todos estos motivos, el autor explica que los principios son verdaderos "mandatos de optimización": ALEXY, ob. cit., p. 75.

57 VALENCIA RESTREPO, ob. cit., p. 42.

58 Ibíd., p. 55.

59 Ibíd., p. 38.

60 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 27 de octubre de 1961, *G.J.* t. XCVII, p. 143.

61 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Exp. 05360-31-03-001-2003-00164-01, oct. 7/2009, M.P.: EDGARDO VILLAMIL PORTILLA.

62 LARROUMET, ob. cit., p. 189.

63 "En esta se debe echar mano a la intuición emotiva y al sentido común para conocer los valores bilaterales fundamentales vigentes en la sociedad, los cuales conforman el contenido principal": VALENCIA RESTREPO, ob. cit., p. 38.

64 Ibíd.

2.3. FUNCIONES E IMPORTANCIA

Según refiere ZAGREBELSKY, los principios tienen como misión primordial "perfeccionar el ordenamiento jurídico"[65]. Esto por cuanto el sistema legal basado simplemente en reglas no siempre logra producir el efecto de justicia que se requiere al momento de su aplicación. Es allí donde los principios entran a reforzar el esquema consistente en "la intrínseca contradicción de asignar a las normas de mayor densidad de contenido –los principios– una función puramente accesoria de la que desempeñan las normas cuya densidad es menor –las reglas–. Esto deriva del persistente prejuicio de pensar que, en realidad, las verdaderas normas son las reglas, mientras que los principios son un *plus*, algo que solo es necesario como 'válvula de seguridad' del ordenamiento"[66].

Por tal motivo, su trascendencia y validez es universal, en la medida en que ellos determinan lo que VALENCIA RESTREPO denomina el *iter normae*[67]. De ahí que se encuentren presentes antes, durante y después de la norma, ya que informan todo el derecho y, por ello, puedan ser considerados incluso tanto o más importantes que la propia ley y la costumbre[68]. Todo esto tiene su cimiento en que los principios constituyen una garantía para que sus tres propósitos principales –creación, interpretación e integración jurídica– no queden al arbitrio subjetivo de quienes los utilizan sino a una concreta objetividad. Por ello VALENCIA RESTREPO afirma: "es a través del operar (*operari*) de los principios como el derecho positivo encuentra el derecho natural"[69].

Sin embargo, tal importancia surge precisamente de sus funciones principales en el derecho: creación, interpretación e integración.

---

65 ZAGREBELSKY, G. (2011). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 10.ª ed., Trotta, Madrid, p. 117.
66 Ibíd.
67 Según su criterio, los principios "[s]e encargan, entonces, de crear, ejecutar y sancionar el derecho": VALENCIA RESTREPO, ob. cit., p. 42.
68 "Son pues la causa y el fin, el origen y el término, el alfa y la omega del derecho": MANS PUIGARNAU, J.M. (1957). *Los principios generales del derecho*, Bosch, Barcelona, p. XXVII, cit. por VALENCIA RESTREPO, ob. cit., p. 42.
69 Ibíd., pp. 3-10.

2.3.1. CREACIÓN

Los principios son originadores del derecho, aunque en ciertos sistemas legales estos hagan parte del sistema de fuentes, donde priman las reglas, y estas los subordinen. Sin embargo, el origen metajurídico de los principios los convierte en creadores y, por ende, les permite ejercer un predominio sobre aquellas en esta función. "Así las cosas, aunque se ampliara la parte dogmática de las constituciones modernas y se transformaran los principios en normas positivas, con ello no se agotaría el ordenamiento, ni estaría completo de una vez y para siempre"[70].

Esta función surge de la necesidad esencial que tiene el derecho objetivo de ser único, un solo ordenamiento, un monosistema. "Los principios creativos e interpretativos son los que permiten la reducción de una multiplicidad amorfa de normas a una unidad formal o sistemática, que posibilite la compatibilidad entre todas ellas"[71].

2.3.2. INTERPRETACIÓN

Tanto el contenido como la estructura propios de los principios los convierten en focos de interpretación tanto del sistema como de las reglas, con lo cual pueden ser aplicados en asuntos específicos y dar lugar a una solución o respuesta jurídica. Esto significa, en palabras de ALEXY, que los principios dependen y requieren de ponderación: "La ponderación es la forma característica de la aplicación de los principios"[72].

2.3.3. INTEGRACIÓN

Esta misión recibe diferentes designaciones, como son las de función supletoria, integradora o correctiva de las reglas jurídicas. Sin embargo, bajo cualquier nombre, se trata de la forma como operan para "perfeccionar" el ordenamiento, dado que entran en juego cuando las otras normas no se encuentran en posibilidad de desarrollar la función reguladora que tienen

---

70 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Exp. 05360-31-03-001-2003-00164-01, octubre 7 de 2009, M.P.: EDGARDO VILLAMIL PORTILLA.
71 VALENCIA RESTREPO, ob. cit., pp. 3-10.
72 ALEXY, ob. cit., p. 75.

atribuida para llenar vacíos y resolver contradicciones, con lo que se superan las dudas interpretativas[73].

Por ello, VALENCIA RESTREPO precisa: "cuando aquella [la ley] falta es cuando estos [los principios generales] adquieren presencia y fisonomía propia"[74]. De ahí que ZAGREBELSKY resalte esta función, por cuanto el autor denuncia que el positivismo más estricto señala que ante la carencia de una regla existe ausencia de derecho y, por ende, no puede existir ninguna clase de libertad del intérprete para recurrir a criterios extrajurídicos. "Aquí según este punto de vista, ya no estaríamos ante una 'interpretación' y se habría posibilitado propiamente una función creativa de la jurisprudencia"[75], lo cual, como ya quedó precisado, puede constituir una ofensa a los defensores de estas teorías.

La función de integración de los principios generales del derecho contribuye a hacer realidad el postulado propio de la función jurisdiccional de administrar justicia, pues el juez siempre deberá dirimir un conflicto, incluso cuando no exista norma alguna que le sea exactamente aplicable[76]. Es así como la Corte Suprema de Justicia señala que ellos "constituyen prenotados, reglas o directrices primarias, universales, abstractas e irradiantes de todo el sistema jurídico, y por consiguiente, de la actividad de los jueces en su función prístina de administrar justicia. En este sentido, sirven al propósito de crear, integrar, interpretar y adaptar todo el ordenamiento jurídico".

Y agrega: "Desde esta perspectiva, los principios generales del derecho, no sólo irradian sino integran el ordenamiento jurídico, y sirven al propósito

73 "Se señala, por ejemplo, que no hay regla escrita que no presente algún margen de ambigüedad o que no se preste a alguna interpretación evasiva; que no todos los casos que requieren una regulación jurídica encuentran siempre la regla adecuada, o que frecuentemente (...) se producen 'colisiones' entre los contenidos de las normas jurídicas (reglas contra reglas, o reglas contra principios), no siempre fáciles de resolver con los instrumentos de eliminación de 'antinomias' que los propios ordenamientos prevén (prevalencia de la norma más reciente, de mayor grado, más especial, etc.)": ZAGREBELSKY, ob. cit., p. 117.

74 VALENCIA RESTREPO, ob. cit., pp. 3-10.

75 ZAGREBELSKY, ob. cit., p. 117.

76 VALENCIA RESTREPO, ob. cit., p. 38. Así lo establece, por ejemplo, el numeral 6 del artículo 42 CGP, referido a los deberes del juez: "6. Decidir aunque no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, o aquella sea oscura o incompleta, para lo cual aplicará las leyes que regulen situaciones o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional, la jurisprudencia, la costumbre y los principios generales del derecho sustancial y procesal".

de adaptarlo a las sensibles transformaciones dinámicas en la vida de relación, misión vital de la jurisprudencia"[77].

De allí que HINESTROSA FORERO se refiera a ellos como "derecho flexible", en estos términos: "los principios generales del derecho han adquirido un valor 'integrador' del ordenamiento, concepciones, sentimientos, anhelos, contenidos, que pueden expresarse con fluidez, sin la virulencia de lo reprimido, de manera de agilizar la acomodación del derecho a la 'modernidad', no por afán de modo, sino por exigencia de actualidad, coherencia, justicia"[78].

2.4. LOS PRINCIPIOS FRENTE A LAS OTRAS FUENTES

Los principios son el origen del derecho. Son anteriores a las normas, por cuanto su realización depende de situaciones extranormativas. "No en balde ni en vano todo comienza por los principios. El principio del ser lo es todo: sin principio no hay ser. Sin alcanzar, pues, los ribetes de la hipérbole, se concluye que a la luz de los principios se puede y se debe estudiar todo el derecho"[79].

Sin embargo, como ha quedado precisado, su individualización y sistematización obedecen a la legislación, la jurisprudencia y la doctrina e, incluso, a las costumbres. Es decir, esta tarea es propia del sistema de fuentes, razón por la cual se hace preciso ubicar a los principios frente a las reglas[80], la jurisprudencia y la costumbre[81].

2.4.1. LOS PRINCIPIOS FRENTE A LAS REGLAS

En términos generales, las normas o reglas[82] tienen como propósito establecer pautas de conducta que deben ser seguidas por los asociados y facilitar

77 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia 11001-3103-040-2006-00537-01, noviembre 22 de 2011, M.P.: WILLIAM NAMÉN VARGAS.

78 HINESTROSA FORERO, F. (2000). "De los principios generales del derecho a los principios generales del contrato", *Revista de Derecho Privado*, (5) 13, Bogotá.

79 VALENCIA RESTREPO, ob. cit., p. 47.

80 Entendidas como la ley.

81 Por ello, resulta del más profundo interés el papel que tienen los principios como originadores de las fuentes materiales o reales, señalado en el Código Civil español. Su artículo 1.°, ordinal 4.°, prescribe: "Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico".

82 En un sentido amplio desde el punto de vista filosófico, las normas pueden ser: principios, reglas,

la vida en común. Por tal motivo, su función jurídica es clara desde hace siglos y su formación y obligatoriedad no se pone en duda. Sin embargo, las revoluciones han demostrado que la ley no siempre coincide con principios anteriores como la justicia, lo cual plantea dudas acerca de su total eficacia. Es allí cuando en este proceso es necesario verificar la presencia de los principios, para solucionar estas falencias y alcanzar así el verdadero derecho.

Por ello, y siguiendo a ZAGREBELSKY, se pueden señalar cuatro criterios que permiten distinguir claramente los principios de las reglas[83]:

– Papel constitucional: los principios tienen un papel "constitutivo" del orden jurídico. En cambio, aunque las reglas se encuentren escritas en la Constitución, en realidad son leyes reforzadas por su forma, de manera que se agotan en sí mismas, es decir, "no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan"[84].

– Tratamiento por la ciencia del derecho: mientras a las reglas se les aplican métodos de interpretación jurídica establecidos con el lenguaje del legislador, en los principios su significado lingüístico es autoevidente, y no hay nada que deba ser escarbado de las palabras[85].

– Obligatoriedad: a las reglas se obedece y a los principios se adhiere. Por tal motivo, para entender estos últimos resulta fundamental comprender tanto los valores como la cultura jurídica de los que provienen.

– Pautas de comportamiento: mientras las reglas determinan cómo se deben comportar los sujetos en las situaciones previstas por ellas, los principios establecen criterios para actuar ante situaciones concretas, pero que en un primer momento aparecen indeterminadas, que pueden ser favorables o

---

costumbres o cláusulas. De ahí que normas no sería sinónimo de reglas o antónimo de principios, pues estos también podrían ser normas. Sin embargo, para los propósitos de este escrito las palabras 'norma' y 'regla' significarán lo mismo.

83 "… de cara al significado de la separación de la ley respecto de los derechos y de la justicia, dentro de una noción genérica de norma de este tipo es importante diferenciar lo que podría denominarse 'regla' de lo que podría, por el contrario, denominarse 'principio'. Si esa separación no se reflejase en la distinción regla-principio, no tendría la capital importancia que hoy, en cambio, debe reconocérsele en el mundo del derecho": ZAGREBELSKY, ob. cit., p. 109.

84 Ibíd., pp. 110 y 111.

85 "Las fórmulas 'de principio' son a menudo expresiones un tanto banales, 'producto de una recepción jurídica de tercera o cuarta mano', pero no por ello menos venerables, que remiten a tradiciones históricas, contextos de significado, etc., y que, más que 'interpretadas' a través del análisis del lenguaje, deben ser entendidas en su *ethos*": ibíd., pp. 110 y 111.

contrarias, de adhesión o apoyo o de disenso o repulsión hacia lo determinado en cada caso concreto[86].

Al distinguir entre las reglas y los principios, la Corte Suprema de Justicia ha precisado:

> Sea cual fuere su estructura, no hay duda que en los principios se halla una nota descollante que no se evidencia en las otras reglas jurídicas y es su peso o importancia, de manera que cuando dos principios entran en conflicto, ambos siguen siendo válidos a pesar de que en el caso concreto uno de ellos se prefiera al otro; o sea, que en caso de colisión, uno de ellos no deja de ser válido, ni comporta de manera definitiva e ineludible una cláusula de excepción, simplemente, se impone un proceso de ponderación, al cabo del cual, dependiendo de las circunstancias del caso, se establece entre ellos una "relación de preferencia condicionada". En cambio, en tratándose de las reglas legales no es posible aseverar que una sea más importante que otra, de modo que si entran en conflicto la solución es de todo o nada: o una de ellas no es válida, o siempre cederá en presencia de la otra[87].

Como se observa, los principios son certeros en su proceso de creación jurídica, pero al mismo tiempo pueden ser etéreos y subjetivos en su formación y composición, pues dependen de muchos medios para alcanzar una verdadera validez. Quizá por eso, los sistemas jurídicos los han relegado a una posición en la que se encuentran subordinados a las normas, las cuales, por naturaleza, tienen carácter objetivo. Por ello, Fenet señala: "La tarea de la ley consiste en fijar a grandes rasgos los principios generales del derecho, en establecer unos principios fecundos en consecuencias y no en descender a los detalles de las cuestiones que sobre cada asunto concreto puedan surgir"[88].

En cualquier caso, el sistema de creación jurídica iniciado desde hace varios años, a partir de los procesos de constitucionalización y la jurisprudencia de los máximos tribunales de justicia, en especial los constitucionales, ha traído consigo un fortalecimiento del sistema de principios, ubicándolos

---

86 "Puesto que carecen de 'supuesto de hecho', a los principios, a diferencia de lo que sucede con las reglas, solo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles 'reaccionar' ante algún caso concreto. Su significado no puede determinarse en abstracto, sino solo en los casos concretos, y solo en los casos concretos se puede entender su alcance": ibíd.

87 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Exp. 25875-31-84-001-1994-00200-01, agosto 16 de 2007, M.P.: PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA.

88 FENET, P. A. (1827-1832), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, Videcoq, vol. 1, Paris, p. 467, cit. por VALENCIA RESTREPO, ob. cit., p. 45.

en un lugar privilegiado en la formación del derecho, compartiendo honores con el sistema de reglas. No se trata de un renacer, pues siempre han estado vivos en el ordenamiento, sino del otorgamiento del lugar que estos merecen en su trascendental función de servir como creadores y constructores del derecho[89].

En conclusión, mientras las reglas se basan en la voluntad política del pueblo o del órgano legislativo que las impone, los principios se fundamentan en un valor bilateral social fundamental que no es impuesto por ninguna autoridad estatal.

2.4.2. LOS PRINCIPIOS FRENTE A LA JURISPRUDENCIA

La doctrina mayoritaria opina que es la jurisprudencia la que tiene la función de darles valor obligatorio a los principios, y que son los jueces, inmersos en el espíritu general de la ley, quienes tienen la función de aplicarlos[90]. Incluso, es posible que al momento de decidirse una controversia no solo pueden verse transgredidas reglas positivas sino que también es factible que se hayan infringido los principios generales del derecho, "ya sea porque dejan de aplicarse, bien porque se hacen operar indebidamente, ora porque se interpretan de manera errónea"[91].

Así indica LARROUMET, desde el derecho francés, que es a través de la jurisprudencia como los principios pueden ser considerados fuente de derecho, señalando que el ejemplo más conocido en la materia es el enriquecimiento sin causa, consagrado como tal por la Corte de Casación en 1892[92]. De igual criterio ESSER, quien relata cómo desde 1889 el Tribunal Supremo alemán tiene claro que "[a]tañe a la jurisprudencia, y sobre todo a la judicatura [...]

89 En palabras de RENGIFO GARCÍA: "Nota característica de los Estados constitucionales es la relevancia creciente de los principios, la superación del legalismo, en la medida en que la ley queda sometida a la normatividad superior de la Constitución, a los principios constitucionales y al desvanecimiento del formalismo jurídico. Así las cosas, los principios jurídicos, frente a las reglas, reclaman entrar en la solución de los conflictos jurídicos": RENGIFO GARCÍA, E. (2011). "Principales transformaciones del derecho mercantil en sus últimos cuarenta años", *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, (348) 119 y 120, Bogotá.

90 VALENCIA RESTREPO, ob. cit., p. 45.

91 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Exp. 05360-31-03-001-2003-00164-01, octubre 7 de 2009, M.P.: EDGARDO VILLAMIL PORTILLA.

92 Cass., Req. 15 de junio de 1892 (D.P. 1892.I.596, S. 1893.I.281, nota LABBE). LARROUMET, ob. cit., p. 189.

el sacar a la luz los principios que, aun sin estar concretados en una norma general, están sin embargo expresados en la ley, y aplicarlos a los casos que la ley no menciona expresamente, pero que nos vienen dados por la vida y caen bajo aquellos principios"[93].

Por su parte, BRAVO ARTEAGA es mucho más incisivo al afirmar: "No siempre la jurisprudencia cumple la función al interpretar y aplicar normas legales, ya que frecuentemente tiene que llenar los vacíos que se encuentran en las fuentes escritas. En estos casos, el papel de la jurisprudencia, no es ya complementario de la ley, sino que viene a constituir la principal fuente del derecho, al hacer explícitos los principios jurídicos que inspiran el sistema"[94].

En el derecho colombiano, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que los principios generales del derecho son parte fundamental del ordenamiento jurídico: "Los principios generales del derecho, constituyen prenotados, reglas o directrices primarias, universales, abstractas e irradiantes de todo el sistema jurídico, y por consiguiente, de la actividad de los jueces en su función prístina de administrar justicia. En este sentido, sirven al propósito de crear, integrar, interpretar y adaptar todo el ordenamiento jurídico"[95]. Por tal motivo, pueden operar como norma de derecho sustancial, cuya violación es susceptible de ser acusada a través del recurso extraordinario de casación[96]. Adicionalmente, si existe una disposición que regula la problemática planteada, pero se alega la violación del principio, tal omisión no constituye una deficiencia que lleve al fracaso del recurso, "pues al invocar el principio, se interpela claramente a la norma legal, en tanto que ella no fue más allá de lo que el enunciado normativo del principio contiene"[97].

93 ESSER, J. (1961). *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, traducción de J. Valenti Fiol, Bosch, Barcelona, p. 5, cit. por VALENCIA RESTREPO, ob. cit., p. 45.

94 BRAVO ARTEAGA, J.R. (2011). "La fuerza del precedente judicial", *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, (347): 84, Bogotá.

95 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Exp. 11001-3103-008-1998-00081-01, junio 29 de 2010, M.P.: WILLIAM NAMÉN VARGAS.

96 Según explica el alto tribunal, esta postura fue tomada a partir de la década de los años 1930, cuando se señaló que el recurso de casación no estaba instituido para la defensa de la ley –en sentido formal–, sino en resguardo de todo el ordenamiento. Así ocurrió en las sentencias del 20 de mayo de 1936, XLIII, pp. 44 y ss., donde tomó como soporte el principio "*error communis facit ius*", el 29 de septiembre de 1935; XLIII, 129 1.ª y 19 de noviembre de 1936, XLIV, para la máxima "nadie puede enriquecerse sin causa".

97 "Por ende, basta con invocar una regla general de derecho –en tanto sea la base del fallo o haya debido serlo–, para abrir el espacio al recurso de casación, pues los principios hacen parte del ordenamiento jurídico que el recurso debe salvaguardar. [...] En ese mismo sentido, también se

Por ello, el alto tribunal determina cuáles son los casos en que la violación a los principios puede dar lugar a este recurso extraordinario[98]:

– El juez dice que no hay regla aplicable y resuelve aplicar una regla general del derecho. No obstante, existe ley aplicable, directamente o por analogía. Entonces el fallo es acusable por violación de la ley que el sentenciador se abstuvo de aplicar siendo aplicable.

– El juez resuelve aplicar una ley que considera aplicable. Sin embargo, tal ley es inaplicable al caso controvertido, existiendo la necesidad de aplicar los principios generales del derecho conforme al artículo 8.º de la Ley 153 de 1887. El fallo es entonces acusable por violación de las disposiciones que se aplicaron siendo inaplicables.

– El juez considera que no hay ley aplicable, directamente o por analogía, y que aplica el principio general del derecho, pero lo aplica mal, porque existen normas jurisprudenciales para su correcta aplicación. Se requiere que el demandante carezca de toda otra acción para que pueda ejercitar la fundada en el principio, pues si la tiene, esta debe fundarse en él.

2.4.3. LOS PRINCIPIOS FRENTE A LA COSTUMBRE

Por otra parte, LARROUMET recalca cómo para algún sector de la doctrina los principios generales del derecho no solamente tienen la misma obligatoriedad que las fuentes del derecho sino que constituyen costumbres de origen erudito. Sin embargo, a su juicio carecen de fuerza obligatoria autónoma y, por ello, "[d]eben traer consigo o a la jurisprudencia o a la costumbre"[99].

En efecto, si se compara con la costumbre, el principio rige antes de ser observado. Es decir, se trata de una norma jurídica antes de que sea

dijo que '*los principios generales del derecho por sí solos también sirven como fundamento del recurso*, aunque no aparezcan consagrados expresamente en una ley, pues el juez debe aplicarlos según el artículo 8.º de la Ley 153 de 1887 que ordena que se apliquen las reglas generales del derecho, a falta de ley o doctrina constitucional. [...] Las referidas circunstancias, aunadas al conjunto nutrido de fallos en que la Corte desarrolló los principios generales del derecho, dejan ver nítidamente que ellos como parte fundamental del ordenamiento jurídico pueden operar y, de hecho, se han admitido como norma de derecho sustancial cuya violación es susceptible de ser acusada a través del recurso extraordinario de casación": Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Exp. 05360-31-03-001-2003-00164-01, octubre 7 de 2009, M.P.: EDGARDO VILLAMIL PORTILLA. Resaltado fuera del texto.

98 Ibíd.

99 LARROUMET, ob. cit., p. 208.

observada o de que eventualmente pueda volverse costumbre. Obliga, o es válido, aunque no se observe. La costumbre es creada por el instinto de la comunidad que, al ser observada, la crea. Por tanto, la costumbre no puede regir antes de la observación, no es norma jurídica antes de que sea observada. Obliga porque se observa. Ella deriva su validez inicial de la observancia, de la práctica, y del uso social repetido.

Mas la validez posterior se independiza de la observancia inicial: la costumbre obliga aunque no sea observada con posterioridad a su observancia inicial. Por consiguiente, los principios no derivan su validez inicial ni posterior de que sean practicados, sino de que sean aprehendidos: obligan aunque no sean observados.

2.4.4. CRÍTICA DEL CARÁCTER NORMATIVO DE LOS PRINCIPIOS

A pesar de lo anterior, existen críticas planteadas por la doctrina positivista respecto del carácter normativo de los principios. Son dos los principales argumentos al respecto, señalados por VALENCIA RESTREPO: (i) los principios son meras construcciones doctrinales o nociones técnicas, y (ii) se les concibe como orientaciones e ideales de política legislativa, que le sirven al legislador y que se obtienen por inducción de normas menos generales y particulares. Es decir, los detractores señalan que los únicos principios que podrían tener alcance normativo son los que son obtenidos por inducción de las reglas, los cuales serían verdaderas normas jurídicas[100].

No obstante, el hecho de que los principios sean creados a partir de construcciones doctrinales o jurisprudenciales no les quita ni les otorga su carácter normativo. Adicionalmente, el autor precisa que el hecho de que los principios no se puedan crear por métodos deductivos sino inductivos no les quita validez alguna desde el punto de vista prescriptivo[101].

Por ello, ha dicho la Corte Suprema de Justicia,

> ... la consagración legal o constitucional de un principio en nada altera su esencia, pues sin negar la fuerza simbólica y retórica que tiene la recepción positiva en un ordenamiento, su existencia no puede quedar subordinada a ese reconocimiento

100 VALENCIA RESTREPO, ob. cit., p. 231.

101 Ibíd.

y, en todo caso, ni el legislador, ni el propio constituyente, podrían simplemente aniquilarlos. La presencia de un principio en un cuerpo legal o constitucional, sería una muestra de adhesión política, pero jamás podría decirse que en ese momento comienza la existencia del principio. Así, por ejemplo, si el principio de 'buena fe' toma lugar en una Constitución, el retiro posterior de la Carta Política o de apartes de ella, jamás podría tener como efecto normativo la autorización para obrar impunemente, o de mala fe[102].

3. LAS FUENTES DEL DERECHO COMERCIAL COLOMBIANO

Luego de haber presentado un panorama completo de cómo surge el derecho, a través de los sistemas de fuentes y principios, es momento de precisar cuáles son las fuentes del derecho comercial colombiano. Es decir, dónde y cómo surge el ordenamiento jurídico-mercantil nacional, el cual regula las actividades de los comerciantes, las empresas, los establecimientos de comercio y las personas jurídicas mercantiles.

Cabe destacar que se trata de fuentes que toman elementos de las típicas del derecho en general, y que ya han sido mencionadas, pero que son propias de esta disciplina[103]. En términos concretos, el origen jurídico del derecho comercial colombiano se encuentra en las normas del título preliminar del Código de Comercio[104], específicamente, en los artículos 1.° a 9.°, disposiciones que regulan las fuentes, sin realizar ninguna categorización de las mismas, de la manera como quedó explicado en apartados anteriores.

Ha sido, entonces, la doctrina quien ha clasificado y establecido sus características y consecuencias, así como sus efectos. Por ello, se debe aclarar que la jerarquización de fuentes no es unánime ni definitiva, coincidiendo en que estas se dividen en: formales, reales o materiales, a las cuales se llamará directas, y las auxiliares, materiales o subsidiarias, a las que se designará indirectas.

A continuación se realizará un análisis en profundidad de cada una de ellas, para entender el funcionamiento del sistema. Sin embargo, es preciso

102 Corte Suprema de Justicia, Sala. Civil, Exp. 05360-31-03-001-2003-00164-01, octubre 7 de 2009, M.P.: Edgardo Villamil Portilla.

103 Romero, ob. cit., p. 31.

104 Decreto Ley 410 del 27 de marzo de 1971, el cual fue publicado el 16 de junio del mismo año en el *Diario Oficial* 33.339 y entró en vigencia el 1.° de enero de 1972.

aclarar que se dejará de lado la estructura tradicional que se encuentra contenida en la doctrina, la cual se reitera cada vez más en los libros de texto, con lo que se desconoce la realidad jurídica surgida por fenómenos como la constitucionalización del derecho y la globalización. Es así como se puede afirmar con ahínco que no existe un sistema rígido de fuentes del derecho mercantil, siendo este absolutamente dinámico. Por tal motivo, y con el fin de abarcar el tema completo, se propondrá un esquema nuevo, apropiado y adecuado al entorno jurídico colombiano contemporáneo.

3.1. LAS FUENTES DIRECTAS DE CREACIÓN DEL DERECHO COMERCIAL COLOMBIANO, TAMBIÉN LLAMADAS FORMALES, REALES O MATERIALES

Como se indicó previamente, la doctrina afirma que el origen del derecho mercantil nacional se encuentra contenido en las disposiciones del Título Preliminar del Código de Comercio. Este sistema se basa en un ordenamiento de fuentes, propio del esquema francés típico del siglo XIX, fundado en el respeto absoluto a la soberanía de la ley.

Sin embargo, la Constitución de 1991 modificó estructuralmente esta concepción y, por ello, la creación del derecho comercial también obedece a principios, los cuales se encuentran contenidos tanto en la ley formal como en la jurisprudencia, especialmente, la constitucional, y la doctrina, así como en el derecho del comercio internacional, lo cual se verá a continuación.

3.1.1. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

La Carta Política de un Estado es la normativa fundamental en la cual se fijan los derechos de los ciudadanos y se organiza su ordenamiento político. De ahí que Garrorena Morales defina a la Constitución como "aquel modo de ordenación de la vida social que, adoptando una forma superior al resto de las leyes, respeta la condición soberana y libre de los individuos y establece vías eficaces de control del poder"[105].

105 Garrorena Morales, Á. (2011). *Derecho constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 80.

Actualmente, el derecho constitucional se ubica en un momento teórico denominado neoconstitucionalismo, el cual se caracteriza por la supremacía de la Constitución y de los derechos fundamentales. Es decir, se deja de lado el principio de soberanía estatal[106], que coincide con la creación de un juez constitucional que se especialice en la interpretación y concreción de la normativa fundamental, mediante órdenes que atiendan la necesidad de instaurar nuevos comportamientos y conductas por parte de aquellos a quienes están dirigidas, con lo cual se alcance un nuevo orden jurídico-constitucional de forma inmediata[107]. Esto, a juicio de BERNAL PULIDO, conlleva una modificación en el sistema de fuentes del derecho y en el equilibrio de los poderes del Estado[108].

De esta manera, será la propia Carta Política la que determine las condiciones de producción de las demás normas jurídicas[109]. Esta labor la realiza "fijando quiénes son los únicos sujetos que pueden crearlas, en qué tipos normativos deben formalizarlas y a qué reglas básicas han de atenerse para producirlas [...] [A]l operar de esta manera, la Constitución no solo está actuando como norma para la producción del resto de normas sino que está

106 "Las sociedades pluralistas actuales –es decir, las sociedades marcadas por la presencia de una diversidad de grupos sociales con intereses, ideologías y proyectos diferentes, pero sin que ninguno tenga fuerza suficiente para hacerse exclusivo o dominante y, por tanto, establecer la base material de la soberanía estatal en el sentido del pasado–, esto es, las sociedades dotadas en su conjunto de un cierto grado de relativismo, asignan a la Constitución no la tarea de establecer directamente un proyecto predeterminado de vida en común, sino la de realizar las condiciones de posibilidad de la misma [...]. Esta es la naturaleza de las constituciones democráticas en la época del pluralismo. En estas circunstancias, hay quien ha considerado posible sustituir, en su función ordenadora, la soberanía del Estado (y lo que de exclusivo, simplificador y orientador tenía de por sí) por la soberanía de la Constitución": ZAGREBELSKY, ob. cit., p. 13.

107 "Ya no puede pensarse en la Constitución como centro del que todo derivaba por irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger: es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir. La 'política constitucional' mediante la cual se persigue ese centro no es la ejecución de la Constitución, sino realización de la misma en uno de los cambiantes equilibrios en los que puede hacerse efectiva": ibíd., p. 14.

108 BERNAL PULIDO, C. (2005). *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 151.

109 "Amén de ser la norma que regula el sistema de fuentes, la Constitución es ella misma, según dijimos, norma o fuente del derecho. No es además una norma cualquiera. Es la norma superior del ordenamiento jurídico, fórmula en la que va implicada su doble condición como norma jurídica (normatividad de la Constitución) y como norma más alta (supremacía de la Constitución)": GARRORENA MORALES, ob. cit., p. 183.

cumpliendo asimismo una cardinal e imprescindible función como norma para la determinación de la validez de las demás normas"[110].

Como se aprecia, solo podrán ser consideradas válidas y tendrán fuerza obligatoria aquellas reglas de derecho creadas de conformidad con las formas que establezca la Constitución[111]. Sin embargo, tal actividad la realiza teniendo en cuenta no solamente reglas sino también "principios o valores que conforman la convivencia colectiva"[112]. Es por esto por lo que se habla actualmente de Estado constitucional, y no de Estado de derecho. "El calificativo de Estado de derecho se habría podido aplicar a cualquier situación en que se excluyese, en línea de principio, la eventual arbitrariedad pública y privada y se garantizase el respeto a la ley, cualquiera que esta fuese"[113].

Según explica ZAGREBELSKY, el Estado liberal se caracteriza por la concepción de la ley como acto deliberado de un Parlamento representativo y se concreta en: (i) la supremacía de la ley sobre la administración; (ii) la subordinación a la ley, y solo a la ley, de los derechos de los ciudadanos, con exclusión, por tanto, de que poderes autónomos de la administración puedan incidir sobre ellos; (iii) la presencia de jueces independientes con competencia exclusiva para aplicar la ley, y solo la ley, a las controversias surgidas entre los ciudadanos y entre estos y la administración del Estado.

110 Ibíd., p. 178.

111 MUÑOZ DE BAENA; DE PRADA GARCÍA & LÓPEZ PIETSCH, *Estudio Preliminar* a ROSS, ob. cit., p. 41.

112 "... la condición espiritual del tiempo en que vivimos podría describirse como la aspiración no a uno, sino a los muchos principios o valores que conforman la convivencia colectiva [...]. Si cada principio y cada valor se entendiesen como conceptos absolutos sería imposible admitir otros junto a ellos. Es el tema del conflicto de valores, que querríamos resolver dando la victoria a todos, aun cuando no ignoremos su tendencial inconciliabilidad. En el tiempo presente parece dominar la aspiración a algo que es conceptualmente imposible, pero altamente deseable en la práctica: no la prevalencia de un solo valor y de un solo principio, sino la salvaguardia de varios simultáneamente": ZAGREBELSKY, ob. cit., p. 16.

113 "Llegaba a ser irrelevante que la ley impuesta se resolviese en medidas personales, concretas y retroactivas; que se la hiciera coincidir con la voluntad de un *Führer*, de un soviet de trabajadores o de cámaras sin libertades políticas, en lugar de con la de un parlamento libre; que la función desempeñada por el Estado mediante la ley fuese el dominio totalitario sobre la sociedad, en vez de la garantía de los derechos de los ciudadanos.
"Al final, se podría incluso llegar a invertir el uso de la noción de Estado de derecho, apartándola de su origen liberal y vinculándola a la dogmática del Estado totalitario. Se llegó a propiciar que esta vinculación se considerase, en adelante, como el trofeo de la victoria histórico-espiritual del totalitarismo sobre el individualismo burgués y sobre la deformación del concepto de derecho que este habría comportado": ibíd., pp. 22 y 23.

"De este modo, el Estado de derecho asumía un significado que comprendía la representación electiva, los derechos de los ciudadanos y la separación de poderes; un significado particularmente orientado a la protección de los ciudadanos frente a la arbitrariedad de la administración"[114].

Sin embargo, en el Estado constitucional el principio de legalidad queda subordinado a un derecho más fuerte, excepcional, capaz de dejar de lado el poder de la administración con el propósito de garantizar un orden más justo y equilibrado[115]. Y, se repite, todo esto garantizado por la influencia y las decisiones que al respecto tomen los jueces constitucionales, dado el ingreso que hiciera Colombia al neoconstitucionalismo, a partir de la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991[116].

A continuación se analizará la manera como la Carta Política asume el rol de fuente directa del derecho comercial colombiano, para lo cual se partirá de la enunciación de las normas contenidas en ella que regulan la materia; la constitucionalización del derecho privado, en especial el mercantil, y se revisarán las críticas que han surgido de este proceso. Posteriormente, se hará referencia a la decisión de la Corte Constitucional de adicionar el articulado de la Constitución con textos normativos que no se encuentran en ella incorporados, pero que trascienden sus disposiciones y que pueden afectar al derecho comercial colombiano, como lo es el bloque de constitucionalidad.

114 Ibíd., p. 23.

115 "Las constituciones contemporáneas intentan poner remedio a estos efectos destructivos del orden jurídico mediante la previsión de un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria incluso para el legislador. El objetivo es condicionar y, por tanto, contener, orientándolos, los desarrollos contradictorios de la producción del derecho, generados por la heterogeneidad y ocasionalidad de las presiones sociales que se ejercen sobre el mismo [...]. Como la unidad del ordenamiento ya no es un dato del que pueda simplemente tomarse nota, sino que se ha convertido en un difícil problema, la antigua exigencia de someter la actividad del ejecutivo y de los jueces a reglas generales y estables se extiende hasta alcanzar a la propia actividad del legislador. He aquí, entonces, la oportunidad de cifrar dicha unidad en un conjunto de principios y valores constitucionales superiores sobre los que, a pesar de todo, existe un consenso social suficientemente amplio [...]. La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada a favor de una instancia más alta. Y esta instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrenciales. Una función inexistente en otro tiempo, cuando la sociedad política estaba, y se presuponía que era en sí misma, unida y pacífica. En la nueva situación, el principio de constitucionalidad es el que debe asegurar la consecución de ese objetivo de unidad": ibíd., pp. 39 y 40.

116 Bernal Pulido, ob. cit., pp. 151.

3.1.1.1. DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES QUE REGULAN LA MATERIA MERCANTIL

Como ha quedado precisado, en virtud de lo prescrito en el artículo 4.° de la Carta Política esta prima sobre las demás normas jurídicas. Si esto es así, la normativa fundamental se convierte en fuente originaria de cualquier clase de regulación nacional y, como tal, esto jamás podría ser extraño a la formación del derecho comercial.

En tal sentido, la Constitución se refiere a asuntos en materia comercial y económica en varias de sus disposiciones, las cuales se enuncian a continuación:

– Se reconoce el derecho a la personalidad jurídica (art. 14).

– La ley podrá establecer los estímulos y los medios para que los trabajadores participen en la gestión de las empresas (art. 57).

– La propiedad privada se encuentra garantizada y se ordena al Estado promover las formas asociativas de propiedad (art. 58).

– Es deber del Estado promover la democratización de acciones de empresas estatales (art. 60).

– El Estado tiene la obligación de proteger la propiedad intelectual (art. 61).

– Se autoriza al legislador para regular la calidad de bienes y servicios ofrecidos a la comunidad, así como la información que se suministra al público para su comercialización (art. 78).

– Se establecen disposiciones generales que orientan la intervención del Estado en la economía y los lineamientos generales sobre las actividades financiera, bursátil, aseguradora, así como cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación (Tít. XII, Cap. I, arts. 333 a 337).

Es claro entonces que, en virtud del principio de soberanía constitucional, cualquier disposición mercantil que se encontrase vigente al momento de entrar en vigencia la Carta Política debía estar acorde con sus disposiciones. Igualmente, a partir de ese instante, toda normativa que se plantee incorporar al ordenamiento jurídico colombiano se tiene como desarrollo de lo establecido en las disposiciones anteriormente transcritas y, por lo tanto, depende funcional, formal y materialmente de ella.

3.1.1.2. La constitucionalización del derecho privado y, específicamente, del mercantil

Según ha quedado precisado, la injerencia de la Constitución en el derecho colombiano ya no es simplemente formal, sino que su participación es efectiva, directa y concreta en el diario acontecer de los acontecimientos nacionales, para resolver casos jurídicos. Como lo menciona Rengifo García: "Un principio constitucional abstracto aplicado o aplicable mediante un argumento interpretativo, puede triunfar incluso sobre reglas explícitas que también regulen una situación jurídica concreta"[117].

Aunque el derecho constitucional debería concentrarse especialmente en asuntos típicos del derecho público, habida cuenta de que la Constitución es la carta de ruta de la organización estatal, la regulación de los derechos de los ciudadanos, así como de las acciones constitucionales para garantizar su efectividad, han hecho que todas las demás ramas del derecho sean influenciadas por sus disposiciones. A ello no es ajeno el derecho privado, pues el juez constitucional toma decisiones que incluso trascienden las reglas propias de esta ciencia para resolver problemas específicos de los particulares[118]. Esta injerencia, conocida con el nombre "constitucionalización del derecho privado", por supuesto afecta incluso al mercantil y, por ende, recibe el nombre de "constitucionalización del derecho comercial"[119].

---

117 Rengifo García, ob. cit., pp. 119 y 120.

118 Calderón Villegas explica la distinción poco clara por la Corte Constitucional de lo que debe ser el derecho público y derecho privado. Para ello se debe partir: (i) de la existencia o inexistencia de normas imperativas, o (ii) de la presencia o ausencia de un contrato. Según criterio del autor, una determinada cuestión será de derecho público "cuando la fuente que la gobierna se encuentra compuesta por normas imperativas respecto de las cuales ningún acuerdo particular cabe efectuar". Será de derecho privado si el contrato ocupa un papel fundamental en la relación correspondiente y, por ende, la autonomía de una autoridad estatal legitimada para modificar o inaplicar normas se encuentra dilatada. De ahí que afirme: "el derecho público es el derecho de las normas imperativas en el que la capacidad normativa de los sujetos que intervienen en la relación es restringida; el derecho privado, por el contrario, es el derecho de las normas supletivas en el que la capacidad normativa de los contratos se encuentra ampliada". Sin embargo, precisa: "No es posible, en todo caso, derivar de la jurisprudencia constitucional en esta materia una distinción absoluta y constante entre derecho público y derecho privado": Calderón Villegas, J.J. (2011). *La constitucionalización del derecho privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*, Universidad del Rosario – Universidad de los Andes – Temis, Bogotá, pp. 13 y 14.

119 Rengifo García cita, como ejemplo, la Sentencia T-520, junio 26/2003, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, donde la Corte Constitucional señaló que a una persona que fue secuestrada y recientemente liberada no se le podía exigir imperativos que desbordaran su capacidad de reinserción a la vida civil y, por ende, tal situación le implicaba una imposibilidad de cumplir con sus obligaciones mercantiles, lo cual constituía una causal justificativa para el incumplimiento de sus obligaciones contractuales: cfr. Rengifo García, ob. cit., p. 121.

3.1.1.3. Críticas a la constitucionalización del derecho privado

La irrupción del derecho constitucional en los designios propios del derecho privado en el sistema romano germánico ha traído consigo una oposición férrea y profunda de la mayor parte de académicos y practicantes en esta disciplina. Esto, por cuanto el derecho civil y el comercial fueron creados, construidos y transmitidos generación tras generación bajo el precepto del concepto de la soberanía del Estado y del respeto a la ley en sentido formal[120].

No en vano, las normas fundamentales sobre las cuales se desarrolla el derecho privado son precisamente los códigos Civil y de Comercio, derivados en su mayoría de los postulados propios del derecho francés y su sistema de fuentes. Adicionalmente, el litigante en esta disciplina entiende que su juez natural es el ordinario, y que de acuerdo con las diferentes instancias procesales que puede encontrar, su caso terminará siendo conocido por la máxima corporación jurisdiccional en la materia, que para el caso colombiano será la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia[121].

Es decir, el jurista seguidor de la tipología francesa entenderá entonces que un esquema diferente contraviene todo el sistema. Así, por ejemplo, Mantilla Espinosa enfáticamente indica:

> En principio, solo las normas creadas por el legislador tienen un carácter obligatorio general, por esta razón los jueces no están obligados a aplicar las reglas creadas por

---

120 Es decir, la creada por el legislador, como se verá con posterioridad. No se trata de la ley en sentido material, pues ella incluiría incluso la propia Constitución. (Corte Constitucional, Sentencia C-486, oct. 28/93, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz).

121 "Estos argumentos son recibidos de diferente forma por las instancias judiciales generando en algunas oportunidades una desvinculación constitucional fuerte mediante el argumento de la existencia de un escenario judicial alternativo y de la pertinencia de las reglas especiales del derecho privado. Sin embargo, esta conclusión no ha sido aceptada por la Corte Constitucional al advertir que la existencia de un problema contractual no excluye su examen constitucional si la posición deficitaria de uno de los contratantes hace posible explicar el vínculo contractual como un verdadero problema de igualdad material. Parece entonces que la Constitución tiene mayor responsabilidad de extender sus tentáculos cuando se trata de reasignar cargas en una relación que se pretendía, adecuadamente gobernada, por la justicia conmutativa": Calderón Villegas, ob. cit., p. 20.

> otros jueces –únicamente son obligatorias, para las partes en el juicio, las normas individuales que de ellas deducen–, lo cual no es óbice para que sean vigentes, en el entendido de que, si provienen de un juez de alta jerarquía y las soluciones que consagran parece plausibles, existirán buenas razones para creer que las reglas serían aplicadas en caso de presentarse la ocasión. Esto es lo que se suele denominar precedente judicial[122].

Pero no se trata solamente de un asunto de celos profesionales el hecho de que los iusprivatistas vean con malos ojos la imposición constitucional de una solución a su caso, ajena a los postulados de la ley formal, por parte de un tribunal diferente a su juez natural. Siguiendo a CALDERÓN VILLEGAS, se encuentran principalmente, dos críticas a este fenómeno, las cuales se explican a continuación[123]:

– Inseguridad jurídica: los críticos son tajantes en mencionar que los negocios pueden ser inestables, en la medida en que las reglas contractuales son previas y obligantes, de conformidad con la estructura dada por las partes al momento de la celebración del acuerdo. Por lo tanto, la intervención del juez constitucional en cualquier etapa de la ejecución puede dar lugar a modificaciones estructurales en las reglas de juego que perjudican el desarrollo de los contratos[124].

– La resistencia de los agentes a la intervención constitucional en la técnica del derecho privado: aunque el nombre dado a esta crítica puede resultar algo confuso, es evidente que el proceso constitucionalizador afecta no solamente las reglas que rigen el contrato sino que puede recaer en sus aspectos técnicos. Según el autor, si el efecto es analizado caso por caso podría ser intrascendente desde un punto de vista financiero. No obstante, si se trata de una actividad industrial de actos en masa, como puede suceder por ejemplo con las compañías de seguros, logística o transporte, entre otras, la decisión constitucional puede dar lugar a costos jamás tenidos en cuenta al

122 MANTILLA ESPINOSA, F. (2009). "Interpretar: ¿aplicar o crear derecho? Análisis desde la perspectiva del derecho privado", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (XXXIII) 557, Valparaíso.

123 CALDERÓN VILLEGAS, ob. cit., pp. 132 y 133 y 138.

124 "Así entonces, la asociación del argumento de la seguridad jurídica al derecho privado puede entenderse en dos dimensiones diferentes. La referida a la estabilidad de las reglas a las que se encuentran sometidos los intercambios voluntarios, por una parte, y la vinculada con la exigibilidad cierta de los acuerdos por medio de los cuales tales intercambios se hacen posibles, por otra": CALDERÓN VILLEGAS, ob. cit., pp. 132 y 133.

momento de la celebración del negocio y tener un impacto macroeconómico relevante[125].

Lo cierto es que tanto el rol de la Corte Constitucional como su jurisprudencia, y el sistema creado por ella para la eficacia de sus decisiones, son una realidad vigente, y han abierto un espacio importante dentro del sistema jurídico nacional, el cual halla en el sistema de precedentes su más grande bastión, pues el constitucionalismo se encuentra en la cúspide de la pirámide del sistema de fuentes del derecho colombiano. Por ello, los defensores de este "nuevo derecho", especialmente los constitucionalistas y teóricos, defienden a capa y espada sus postulados, señalando irónicamente a sus detractores como "formalistas", "tradicionalistas" o simplemente "defensores del viejo o antiguo derecho"[126].

En este estado de cosas y transcurridas más de dos décadas de haber entrado en vigencia la Carta Política de 1991 no es factible un retroceso en el sistema hacia una legalización del derecho privado –desconstitucionalización–. Por ello, resulta preciso buscar un punto medio, ajustado a las necesidades de la realidad nacional –constitucionalización adecuada–. Este debe respetar en su justo punto las reglas de juego de los particulares en sus contratos sin vulnerar las condiciones típicas de los mismos –supraconstitucionalización– o quedarse corto en la protección de los derechos constitucionales garantizados a los particulares –infraconstitucionalización–. Como afirma CALDERÓN VILLEGAS, la búsqueda de ese punto medio se vincula "a intensos esfuerzos por determinar cuáles son los límites a los que se encuentra sometida la adopción de decisiones en determinadas materias"[127].

3.1.1.4. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Una de las grandes conquistas de la Corte Constitucional colombiana desde su creación ha sido reconocer que el sistema tradicional de fuentes del

125 Ibíd., p. 138.

126 Al respecto, véase LÓPEZ MEDINA, ob. cit., pp. 194-204. Un estudio muy importante y profundo acerca de cómo evolucionó el tema de la interpretación del derecho y su correspondencia con el sistema de fuentes en el derecho latinoamericano y, especialmente, en el colombiano, desde el sistema de la exégesis, el derecho natural, el conceptualismo, el antiformalismo y el positivismo kelseniano; en LÓPEZ MEDINA, D.E., *Teoría impura del derecho*, Legis, Bogotá, 2004, pp. 235-398. Igualmente, el autor presenta la manera como el nuevo derecho, que en realidad es la aceptación del sistema de precedentes en materia constitucional, ha invadido las órbitas comunes del derecho público y privado en Colombia, gracias a la jurisprudencia de la Corte Constitucional (ibíd., p. 461).

127 CALDERÓN VILLEGAS, ob. cit., p. 56.

derecho resultaba insuficiente, defectuoso e ingenuo. En efecto, la corporación entendió que las disposiciones tipificadas en la Carta Política como derechos fundamentales se encontraban incompletas, pues el constituyente de 1991 no vislumbró muchos otros contenidos en diferentes disposiciones de trascendencia internacional[128].

Fue así como el alto tribunal decidió acoger el denominado "bloque de constitucionalidad", tesis creada durante la segunda mitad del siglo XX por el constitucionalismo francés, con el propósito de explicar este fenómeno normativo complejo[129]. Esta figura se debe entender como la primacía en la normativa interna de las "normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son, pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *strictu sensu*"[130].

Según explica UPRIMNY, el complejo proceso de construcción de esta figura en Colombia se concretó a partir de 1999, cuando se consolidó su dogmática y se erigió como una institución decisiva del control constitucional para resolver casos complejos que involucran derechos humanos[131]. Por ello, resulta realmente interesante ver cómo los tratados en la materia, así como los

---

128 Esto, en el intento de comprender que la Constitución no se agota en los 380 artículos de su texto, sino que abarca otros componentes, que son también normas constitucionales (QUINCHE RAMÍREZ, M. F. (2008). *Derecho constitucional colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas*, Universidad del Rosario - Ibáñez, Bogotá, p. 97).

129 El origen de esta figura es relatado por QUINCHE RAMÍREZ, quien señala que se encuentra en una decisión del Consejo Constitucional francés. "La cuestión radicaba en que la Constitución de la República Francesa de octubre 4 de 1958, de tan solo 92 artículos, no cuenta con una carta de derechos explícita. Sin embargo, su Preámbulo hace una remisión, pues señala que 'El pueblo francés proclama solemnemente la adhesión a los Derechos del Hombre y a los principios de soberanía nacional tal como fueron definidos en la Declaración de 1789, confinada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946'. El Consejo Constitucional, entendió que la remisión o reenvío hecho por el preámbulo, permitía la integración de tres textos, el articulado de la Constitución de 1958, la Declaración de 1789 y el Preámbulo de la Constitución de 1946, hasta integrar un bloque normativo, que conformaba la Constitución": ibíd., p. 97.

130 Esta definición es de BIDART CAMPOS, la cual fue recogida por la Corte Constitucional en Sentencia C-225, mayo 18/95, M.P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO: cfr. BIDART CAMPOS, G.J. (1968). *Derecho constitucional*, Ediar, Buenos Aires, pp. 124 y 164.

131 UPRIMNY, R. (2004). "Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento

de derecho internacional humanitario, forman un bloque con el resto del texto constitucional, cuyo respeto se impone frente a la ley, subordinándola[132].

La Corte Constitucional explica el bloque de constitucionalidad a partir de la manera como este opera señalando que el control constitucional "debe realizarse no solo frente al texto formal de la Carta, sino también frente a otras disposiciones a las que se atribuye jerarquía –bloque de constitucionalidad *stricto sensu*–, y en relación con otras normas que aunque no tienen rango constitucional, configuran parámetros necesarios para el análisis de las disposiciones sometidas a su control –bloque de constitucionalidad *lato sensu*–"[133].

Así, el concepto de Constitución se amplía por cuanto los artículos contenidos en ella resultan integrados con otros referentes normativos en virtud de remisiones expresas que hace el propio texto constitucional[134]. Esto sucede con los artículos 4.º –la Constitución es norma de normas–; 9.º –relaciones exteriores y política internacional–; 53 –convenios internacionales de trabajo–; 93 –tratados sobre derechos humanos–; 94 –derechos innominados–; 102 –el territorio– y 214 –el derecho internacional humanitario–[135].

Sin embargo, será la propia Corte Constitucional la que en cada caso determine si el derecho o principio contenido en el tratado respectivo integra el bloque. Según MONROY CABRA, esto les permite obtener varios

---

penal", *Reflexiones sobre el Nuevo Sistema Procesal Penal*, Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, pp. 32-41.

132 "En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas, con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción. Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores": Corte Constitucional, Sentencia C-225, mayo 18/95, M.P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

133 Corte Constitucional, Sentencia C-200, marzo. 19/2002, M.P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS. Cfr., además, MONROY CABRA, M.G. (2008). "El derecho internacional como fuente del derecho constitucional", *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, (1), Universidad del Rosario, Bogotá, pp. 132 y 133.

134 UPRIMNY, ob. cit., p. 42; QUINCHE RAMÍREZ, ob. cit., pp. 98 y 99. La Corte Constitucional indica, además, que para que opere la prevalencia de los instrumentos internacionales que forman el bloque de constitucionalidad en el orden interno es necesario que se den dos supuestos a la vez: (i) el reconocimiento de un derecho humano, y (ii) que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción (Corte Constitucional, Sentencia C-240, abr. 1.º/2009, M.P.: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO).

135 MONROY CABRA, ob. cit., p. 132; UPRIMNY, ob. cit., p. 42; QUINCHE RAMÍREZ, ob. cit., pp. 98 y 99.

privilegios[136]: (i) darle el valor de parámetro de constitucionalidad; (ii) fijar la interpretación conforme a tales instrumentos; (iii) precisar la existencia de derechos fundamentales no establecidos en la Constitución; (iv) integrar la normatividad en caso de vacío; (v) orientar las funciones del operador jurídico, y (vi) servir de criterio para su aplicación preferente en caso de conflicto con las normas internas.

En conclusión, a pesar de no haber surtido las formalidades establecidas en la Carta Política para su validez en Colombia, los principios y derechos contenidos en esos instrumentos internacionales son verdaderas y auténticas normas jurídicas debido a su integración en el bloque de constitucionalidad. "Ha de hacerse mucho hincapié en que los principios, a que se refiere el bloque de constitucionalidad, no son la totalidad de los mismos sino dentro de ellos los constitucionales o fundamentales que [...] gozan de hiperimperatividad y conforman los principios generales del derecho por excelencia"[137].

¿Cuáles serían, entonces, aquellos instrumentos analizados hasta este momento por la Corte Constitucional, que contienen principios y derechos que integran el bloque de constitucionalidad y que, como tales, serían fuente de derecho mercantil? Siguiendo en este punto la enumeración que presenta MONROY CABRA, se pueden señalar los siguientes[138]:

–Los artículos 8.°, 9.° y 27.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos[139].

136 MONROY CABRA, ob. cit., p. 134.

137 VALENCIA RESTREPO, ob. cit., pp. 242 y 243.

138 Cabe precisar que el autor realiza una enumeración exhaustiva de todos y cada uno de los tratados recogidos como parte del bloque de constitucionalidad por la Corte Constitucional. Sin embargo, solamente se enumeran en este escrito los que efectivamente sirven como fuente del derecho comercial colombiano. Cfr. MONROY CABRA, ob. cit., p. 134.

139 Estas disposiciones fueron incluidas en el bloque de constitucionalidad en la Sentencia C-200, marzo 19/2002, M.P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS. En la mencionada preceptiva, el artículo 8.°, sobre garantías judiciales, establece: "1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

"2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

"a) Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

"b) Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

– El artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[140].

"c) Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

"d) Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

"e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

"f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

"g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

"h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

"3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

"4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

"5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia".

Por su parte, el artículo 9.° se refiere a los principios de legalidad y de retroactividad, en los siguientes términos: "Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello".

El artículo 27 sobre suspensión de garantías indica: "1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, este podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

"2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3.° (Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica); 4.° (Derecho a la vida); 5.° (Derecho a la integridad personal); 6.° (Prohibición de la esclavitud y servidumbre); 9.° (Principio de legalidad y de retroactividad); 12 (Libertad de conciencia y de religión); 17 (Protección a la familia); 18 (Derecho al nombre); 19 (Derechos del niño); 20 (Derecho a la nacionalidad), y 23 (Derechos políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos".

140 Esta norma fue incluida en el bloque de constitucionalidad en la Sentencia C-200, marzo 19/2002, M.P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS. El artículo 15.1 señala: "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello".

– El Convenio 182 de la OIT relativo a las Peores Formas de Trabajo Infantil[141].

– La Decisión 351 de 1993 sobre Régimen Común sobre Derecho de Autor y Conexos[142].

3.1.2. LA LEY COMERCIAL, LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA COMERCIAL RATIFICADOS POR COLOMBIA Y LA '*RATIO DECIDENDI*' –¿O LA '*OBITER DICTA*'?– DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL QUE DECIDE LA EXEQUIBILIDAD DE LA LEY COMERCIAL

A la altura de este punto de la investigación aparece la fuente tradicional del derecho como originadora del ordenamiento mercantil colombiano. Desde siempre, el respeto a la ley se erige como la principal forma de convivencia social, a la cual el comercio no ha sido ajeno. En efecto, las leyes que regulan el ámbito mercantil se van formando al interior de los negocios y sus

141 Esta preceptiva internacional hace parte del bloque de constitucionalidad, a través de las siguientes decisiones: SU-039, febrero 3/97, M.P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL; T-652, noviembre 10/98, M.P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ, C-418, mayo 28/2002, M.P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS; C-891, octubre 22/2002, M.P.: JAIME ARAÚJO RENTERÍA, y C-620, junio 29/2003, M.P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA. Aunque se trata de un tratado internacional que regula temas de índole laboral, se convierte en un tema que afecta el derecho mercantil, por cuanto en el mencionado Convenio la expresión "las peores formas de trabajo infantil" abarca el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños, según lo preceptúa el literal d) del artículo 4.º. En tal medida, esta disposición es aplicable al derecho comercial en el entendido de que hay una prohibición al comercio, a las empresas y a cualquier clase de industria para emplear menores de edad en situaciones que estén contenidas dentro de esta norma.

142 En el bloque de constitucionalidad, a partir de la Sentencia C-1490, noviembre 2/2000, M.P.: FABIO MORÓN DÍAZ. Cabe destacar que en el derecho colombiano se ha considerado que el derecho de autor, desde el punto de vista de la creación de la obra, no hace parte del derecho mercantil, pues de manera tradicional su protección se determina por el derecho civil, en la medida en que contiene derechos extrapatrimoniales, y por cuanto el Libro II del Código de Comercio se refiere a la propiedad intelectual en el sentido de la propiedad industrial. Cfr. RENGIFO GARCÍA, E. (1996). *Propiedad intelectual. El moderno derecho de autor*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 23. No obstante, es claro que en materia de derechos conexos sí existe el criterio de empresa, el cual se encuentra contenido como acto de comercio en los numerales 13 –empresas de espectáculos públicos– y 14 –empresas editoriales, litográficas, fotográficas, informativas o de propaganda...– del artículo 20 C.Co.

principios son ejercidos directamente por los comerciantes, hasta que son reconocidos por el Estado nacional.

Históricamente, el absolutismo le brindó al príncipe la facultad de poner en vigencia leyes que regularan el comercio, las cuales solamente recopilaron las disposiciones que ya venían siendo aplicadas por los comerciantes durante siglos. Fue entonces con la Revolución Francesa cuando tal posibilidad le fue brindada al legislador elegido democráticamente, quien a partir de su ejercicio legislativo creó códigos en los cuales se recopilaron decenas de artículos con el propósito de regular todas las actividades de los particulares, teniendo como punto de partida el respeto absoluto a la ley. En ella se regula todo y lo que no está cubierto en sus disposiciones es remediado por otras disposiciones –como ocurre con la analogía– o permitidas por ella –es el caso de la costumbre–.

Esta forma de ver el origen del derecho fue adicionada con la consideración de los tratados internacionales celebrados entre los diferentes países, que tienen el propósito inicial de facilitar el intercambio transnacional. Sin embargo, para proteger la soberanía, tales instrumentos solamente tienen validez si cumplen los requisitos indicados en las diferentes cartas políticas para convertirse en verdaderas leyes de la República, momento en el cual operarán de la misma forma. Es decir, entre unos y otros no existe diferencia alguna, salvo su formación.

Por otra parte, durante los últimos años los diferentes tribunales constitucionales han precisado que en su calidad de guardianes de la Constitución tienen la facultad de interpretar directamente la normativa nacional frente a las disposiciones establecidas en la Carta Política. Esto no ha sido diferente en el caso de la Corte Constitucional colombiana.

Es así como en aquellas oportunidades en las que el alto tribunal interprete las disposiciones legales en sentencias de constitucionalidad lo que dice tiene un carácter obligatorio y, por ende, debe entenderse integrado a la normativa correspondiente. Esto convierte entonces a la decisión en parte de la normativa, afectándola directamente.

Todos estos aspectos serán analizados en este apartado, iniciando por el estudio de la ley, desde su concepción teórica, para pasar al análisis de la preceptiva mercantil propiamente dicha y sus diferentes clasificaciones. En segundo término se revisará la manera como los tratados internacionales se convierten en fuente del derecho mercantil. Finalmente, se tratará qué es lo que realmente puede ser entendido como origen normativo jurídico-

comercial de la jurisprudencia constitucional al ponderar la validez de las normas mercantiles frente al contenido de la Carta Política.

3.1.2.1. LA LEY EN GENERAL Y LA LEY MERCANTIL EN ESPECIAL

La importancia de la ley dentro de un ordenamiento jurídico es innegable, dada su formación histórica y los procesos de validez a los que se ha visto sometida desde el momento en que se presentó en la humanidad un esquema de relacionamiento social. Por ello, se hace preciso ubicar su lugar dentro del sistema de fuentes, para lo cual se realizará una serie de comentarios sobre su concepto y definición desde el punto de vista teórico, para entender cómo se clasifica. Igualmente, se tratará en qué consistió la codificación que sirvió para su extensión global y la crisis que actualmente viven estas estructuras normativas.

Así mismo, se analizará en qué consiste la ley comercial propiamente dicha, partiendo por el Código de Comercio colombiano, y se revisará la clasificación que de las normas mercantiles realiza el mencionado estatuto.

3.1.2.1.1. CONCEPTUALIZACIÓN DE LA LEY

Del latín *lex*, y su variación *legis*, la palabra 'ley' dispone de múltiples significados de origen lingüístico, según lo corrobora el Diccionario de la Lengua Española[143]. Dentro de ellos se encuentran: "Regla fija a la que está sometido un fenómeno de la naturaleza"; "Cada una de las relaciones existentes entre los diversos elementos que intervienen en un fenómeno" y "Precepto dictado por la autoridad competente, en que se manda o prohíbe algo en consonancia con la justicia y para el bien de los gobernados".

Resulta evidente la inexistencia de una definición única que permita entender cuál es realmente el contenido de la ley y sus diferentes acepciones, pues se trata de un término que es casi coetáneo al surgimiento de la humanidad, su lenguaje y su agrupación social. No obstante, una de las

143 http://lema.rae.es/drae/?val=ley, consulta realizada el 25 de julio de 2013.

definiciones más concretas dadas a este término es la expresada por GARCÍA MÁYNEZ, para quien se trata de "reglas jurídicas de observancia general"[144].

Debe recordarse que a partir de las revoluciones del siglo XIX, la ley obedece a un proceso de creación elaborado por las entidades designadas para ello, así como por una serie de dignatarios que cumplen las prescripciones democráticas para crearlas de conformidad con las constituciones soberanas. Por ello, la doctrina denomina ley al "proceso por el cual uno o varios órganos del Estado formulan y promulgan determinadas, a las que se da el nombre específico de leyes"[145]. Esto no es nada ajeno a la manera como la propia legislación colombiana define esta expresión, en el artículo 4.° C.C.: "Ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional[146]. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar".

De ahí que la Corte Suprema de Justicia haya reunido todos y cada uno de estos elementos precisando: "Ley es todo acto emanado del Estado que contiene una regla de derecho objetivo [...] la verdadera ley es aquella que crea u organiza el derecho positivo; que se dicta con carácter general, abstracto e impersonal, o mejor, la que gobierna una categoría determinada de intereses, consagrando reglas de conducta, ya en el orden de las relaciones de estos con el Estado"[147]. Esos caracteres de la ley son los que le imprimen su esencia como fundamentales en la construcción del Estado de derecho, pues en ellos se conectan tres principios que permiten su realización, como lo son la moderación del poder, la separación de poderes y la igualdad[148].

144 GARCÍA MÁYNEZ, ob. cit., p. 52.

145 Ibíd.

146 Esta expresión fue sustituida en el año 1991. Desde entonces se denomina Constitución Política.

147 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 4 de septiembre de 1970. *G.J.* CXXXVII bis, p. 378.

148 Esto, a juicio de ZAGREBELSKY, conlleva "una 'normatividad media', esto es, hecha para todos, lo que naturalmente contiene una garantía contra un uso desbocado del propio poder legislativo (...). Vinculada a la generalidad estaba la abstracción de las leyes, que puede definirse como 'generalidad en el tiempo' y que consiste en prescripciones destinadas a valer indefinidamente y, por tanto, formuladas mediante 'supuestos de hecho abstractos'. La abstracción respondía a una exigencia de la sociedad liberal tan esencial como la generalidad: se trataba de garantizar la estabilidad del orden jurídico y, por consiguiente, la certeza y previsibilidad del derecho": ZAGREBELSKY, ob. cit., p. 24.

a. CLASIFICACIÓN TRADICIONAL

Tradicionalmente se atribuye a PAUL LABAND[149] la clasificación que permite entender a la ley desde dos sentidos: (i) formal, en cuanto a su creación democrática, la que es elaborada constitucionalmente por un parlamento y surte un procedimiento específico que le da validez: por ello es considerada como la propia "voluntad del Estado", y (ii) material, por su contenido, como regla de derecho general, impersonal y escrita, proferida por cualquier entidad estatal[150].

En términos generales, las leyes en sentido formal en Colombia son: aprobatorias de tratados públicos internacionales; aprobatorias de tratados públicos internacionales sobre derechos humanos; estatutarias; orgánicas; ordinarias; de presupuesto; del plan nacional de desarrollo; cuadro o marco; delegantes o de facultades; declaratorias; interpretativas; de honores; de apropiaciones; de expropiación por razones de equidad; del plan nacional de inversiones; que conceden amnistías o indultos generales por delitos políticos; que convocan a asamblea nacional constituyente; que establecen monopolios económicos; que someten a referendo un proyecto de reforma constitucional elaborado por el Congreso y sobre restricción a los límites del derecho de circulación en San Andrés[151].

149 Jurista alemán, quien fuera profesor de derecho constitucional de las universidades de Estrasburgo y Königsberg, a finales del siglo XIX. Su biografía se encuentra disponible en: www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/judaica/ejud_0002_0012_0_11731.html, consulta realizada el 25 de julio de 2013.

150 LARROUMET, ob. cit., p. 118; GARRORENA MORALES, ob. cit., pp. 197-200. MUÑOZ DE BAENA, DE PRADA GARCÍA y LÓPEZ PIETSCH explican que para Laband esta misma distinción es factible de ser aplicada en el ámbito reglamentario, pues puede existir un reglamento en sentido formal que sirva de vía a "los actos de voluntad del Estado", el cual se puede subdividir en: reglamentos jurídicos (*Rechtsverordnungen*) y reglamentos administrativos (*Verwaltungsverordnungen*). A su lado podría existir un reglamento en sentido material, cuyo propósito será llenar el ámbito de libre actuación que la ley deja a una autoridad administrativa (MUÑOZ DE BAENA, DE PRADA GARCÍA & LÓPEZ PIETSCH, *Estudio Preliminar* a ROSS, ob. cit., pp. 41 y 42). CARNELUTTI va un poco más allá al explicar que la ley no necesariamente debe ser escrita, pues esta puede ser expresa, mediante su formulación con preposiciones verbales, o tácita, caso en el cual se tratará de costumbres. Esto último resulta discutible, como se verá con posterioridad. Cfr. CARNELUTTI, F. (1998). *Cómo nace el derecho*, Temis, Bogotá, pp. 50-53.

151 El trámite para poner en vigencia leyes en sentido formal obedece a procedimientos establecidos en la Constitución Política y en la Ley 5.ª de 1992, "Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes". Cfr. OLANO GARCÍA, ob. cit., pp. 44-66.

Por su parte, dentro de las leyes en sentido material se encuentran los decretos que el Gobierno Nacional expide en desarrollo de su potestad reglamentaria, reguladora y en ocasiones supletiva del legislador, los cuales son los siguientes: autónomos o reglamentos constitucionales; compiladores; de contenido administrativo con vocación legislativa; de emergencia económica; de planificación; ejecutivos; de enmienda o de corrección de yerros caligráficos o tipográficos; especiales; estatutarios irregulares, expedidos como resultado de una regulación supletiva; estatutarios; expedidos en cumplimiento de una orden judicial; marco que desarrollan leyes marco o cuadro; legislativos; reglamentarios; decretos leyes o extraordinarios y reglamentos constitucionales o autónomos[152]. Así mismo, las resoluciones, cartas circulares, instrucciones administrativas, oficios, etc., expedidos por ministerios, superintendencias, departamentos administrativos del orden nacional, y las correspondientes entidades administrativas del ámbito local, que establezcan mandatos de carácter general.

Frente a los supuestos de la clasificación mencionada, ZAGREBELSKY explica que el positivismo jurídico tradicional ha sufrido una transformación y evolución en cuanto a su contenido, por cuanto este confluía, única y exclusivamente, en la ley formal, que marcó la estructuración política y jurídica de los Estados actuales. En criterio del autor, durante los últimos años ese proceso ha variado de manera considerable debido a procesos de descentralización en los que la característica es que no solamente autoridades netamente administrativas, como ministerios, superintendencias o entidades de nivel local, sino también sujetos sociales colectivos, sindicatos de trabajadores, asociaciones de empresarios y asociaciones profesionales, entre otros, son creadores de leyes.

Así, señala: "Tales nuevas fuentes del derecho, desconocidas en el monismo parlamentario del siglo pasado, expresan autonomías que no pueden insertarse en un único y centralizado proceso normativo. La concurrencia de fuentes, que ha sustituido al monopolio legislativo del siglo pasado, constituye así otro motivo de dificultad para la vida del derecho como ordenamiento"[153]. Y agrega: "Sintéticamente, las razones de la actual desaparición de las ca-

152 Las directrices de técnica normativa para facilitar la elaboración y revisión de leyes formales se encuentra contenido en el Decreto 1345 de 2010, "Por el cual se establecen directrices de técnica normativa". Cfr. ibíd., pp. 65-81.

153 ZAGREBELSKY, ob. cit., pp. 38 y 39.

a. CLASIFICACIÓN TRADICIONAL

Tradicionalmente se atribuye a PAUL LABAND[149] la clasificación que permite entender a la ley desde dos sentidos: (i) formal, en cuanto a su creación democrática, la que es elaborada constitucionalmente por un parlamento y surte un procedimiento específico que le da validez: por ello es considerada como la propia "voluntad del Estado", y (ii) material, por su contenido, como regla de derecho general, impersonal y escrita, proferida por cualquier entidad estatal[150].

En términos generales, las leyes en sentido formal en Colombia son: aprobatorias de tratados públicos internacionales; aprobatorias de tratados públicos internacionales sobre derechos humanos; estatutarias; orgánicas; ordinarias; de presupuesto; del plan nacional de desarrollo; cuadro o marco; delegantes o de facultades; declaratorias; interpretativas; de honores; de apropiaciones; de expropiación por razones de equidad; del plan nacional de inversiones; que conceden amnistías o indultos generales por delitos políticos; que convocan a asamblea nacional constituyente; que establecen monopolios económicos; que someten a referendo un proyecto de reforma constitucional elaborado por el Congreso y sobre restricción a los límites del derecho de circulación en San Andrés[151].

---

149 Jurista alemán, quien fuera profesor de derecho constitucional de las universidades de Estrasburgo y Königsberg, a finales del siglo XIX. Su biografía se encuentra disponible en: www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/judaica/ejud_0002_0012_0_11731.html, consulta realizada el 25 de julio de 2013.

150 LARROUMET, ob. cit., p. 118; GARRORENA MORALES, ob. cit., pp. 197-200. MUÑOZ DE BAENA, DE PRADA GARCÍA y LÓPEZ PIETSCH explican que para Laband esta misma distinción es factible de ser aplicada en el ámbito reglamentario, pues puede existir un reglamento en sentido formal que sirva de vía a "los actos de voluntad del Estado", el cual se puede subdividir en: reglamentos jurídicos (*Rechtsverordnungen*) y reglamentos administrativos (*Verwaltungsverordnungen*). A su lado podría existir un reglamento en sentido material, cuyo propósito será llenar el ámbito de libre actuación que la ley deja a una autoridad administrativa (MUÑOZ DE BAENA, DE PRADA GARCÍA & LÓPEZ PIETSCH, *Estudio Preliminar* a ROSS, ob. cit., pp. 41 y 42). CARNELUTTI va un poco más allá al explicar que la ley no necesariamente debe ser escrita, pues esta puede ser expresa, mediante su formulación con preposiciones verbales, o tácita, caso en el cual se tratará de costumbres. Esto último resulta discutible, como se verá con posterioridad. Cfr. CARNELUTTI, F. (1998). *Cómo nace el derecho*, Temis, Bogotá, pp. 50-53.

151 El trámite para poner en vigencia leyes en sentido formal obedece a procedimientos establecidos en la Constitución Política y en la Ley 5.ª de 1992, "Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes". Cfr. OLANO GARCÍA, ob. cit., pp. 44-66.

Por su parte, dentro de las leyes en sentido material se encuentran los decretos que el Gobierno Nacional expide en desarrollo de su potestad reglamentaria, reguladora y en ocasiones supletiva del legislador, los cuales son los siguientes: autónomos o reglamentos constitucionales; compiladores; de contenido administrativo con vocación legislativa; de emergencia económica; de planificación; ejecutivos; de enmienda o de corrección de yerros caligráficos o tipográficos; especiales; estatutarios irregulares, expedidos como resultado de una regulación supletiva; estatutarios; expedidos en cumplimiento de una orden judicial; marco que desarrollan leyes marco o cuadro; legislativos; reglamentarios; decretos leyes o extraordinarios y reglamentos constitucionales o autónomos[152]. Así mismo, las resoluciones, cartas circulares, instrucciones administrativas, oficios, etc., expedidos por ministerios, superintendencias, departamentos administrativos del orden nacional, y las correspondientes entidades administrativas del ámbito local, que establezcan mandatos de carácter general.

Frente a los supuestos de la clasificación mencionada, ZAGREBELSKY explica que el positivismo jurídico tradicional ha sufrido una transformación y evolución en cuanto a su contenido, por cuanto este confluía, única y exclusivamente, en la ley formal, que marcó la estructuración política y jurídica de los Estados actuales. En criterio del autor, durante los últimos años ese proceso ha variado de manera considerable debido a procesos de descentralización en los que la característica es que no solamente autoridades netamente administrativas, como ministerios, superintendencias o entidades de nivel local, sino también sujetos sociales colectivos, sindicatos de trabajadores, asociaciones de empresarios y asociaciones profesionales, entre otros, son creadores de leyes.

Así, señala: "Tales nuevas fuentes del derecho, desconocidas en el monismo parlamentario del siglo pasado, expresan autonomías que no pueden insertarse en un único y centralizado proceso normativo. La concurrencia de fuentes, que ha sustituido al monopolio legislativo del siglo pasado, constituye así otro motivo de dificultad para la vida del derecho como ordenamiento"[153]. Y agrega: "Sintéticamente, las razones de la actual desaparición de las ca-

---

152 Las directrices de técnica normativa para facilitar la elaboración y revisión de leyes formales se encuentra contenido en el Decreto 1345 de 2010, "Por el cual se establecen directrices de técnica normativa". Cfr. ibid., pp. 65-81.

153 ZAGREBELSKY, ob. cit., pp. 38 y 39.

racterísticas 'clásicas' de la ley pueden buscarse sobre todo en los caracteres de nuestra sociedad, condicionada por una amplia diversificación de grupos y estratos sociales que participan en el 'mercado de las leyes'"[154].

b. LA CODIFICACIÓN Y SU CRISIS

Una de las formas de presentación de las leyes es a través de códigos, en los que se pretende incluir en un mismo documento la regulación total de los asuntos que pueden realizarse con una normativa. Si bien no son nada distinto de una ley, en su articulado son más extensos, al punto de que su compilación, por lo general, da lugar a la edición de verdaderos libros[155].

Según explica BRAVO ARTEAGA, la codificación moderna aparece con la Escuela de la Exégesis, la cual se encontraba basada en los ideales de la Ilustración y cuyos principios fundamentales fueron los siguientes[156]:

– Todo el derecho está en los códigos.

– Los códigos no tienen lagunas, en ellos está la plenitud hermética del derecho.

– Los textos deben ser interpretados literalmente.

Los jueces no pueden crear el derecho. Por ello, la solución de todos los casos se debe encontrar en las mismas leyes.

Las obras clásicas de la codificación moderna[157] son los códigos Civil y de Comercio franceses que corresponden a los principios democráticos que

154 Ibíd., pp. 36 y 37.

155 Según explica MONATERI, la invención del *Codex* en la antigüedad dio lugar a la creación del libro para sustituir los rollos de papiro. Realmente, esta palabra latina significa un volumen ligado de hojas de pergamino o papel, con lo cual se permitió una transmisión mucho más segura y duradera de los escritos compilados. Para el autor, los códigos representaron en su momento una forma totalmente nueva de transmitir la cultura. Así, indica: "La cultura legal europea tiene su fundamento en los códigos del Dominado y fueron los juristas burocráticos de ese período quienes elaboraron las grandes colecciones": MONATERI, P.G. (2006). "Gayo, el negro: una búsqueda de los orígenes multiculturales de la tradición jurídica occidental", *La Invención del Derecho Privado*, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar y Siglo del Hombre Editores, Bogotá, pp. 211-214. Anecdóticamente, MERRYMAN relata cómo los códigos napoleónicos no son el ejemplo más extremo de codificación, pues este título lo ostenta el *Landrecht* prusiano de 1794, promulgado por Federico el Grande y que contenía cerca de 17.000 reglas detalladas con las que se intentaba gobernar todo tipo de situaciones de hecho. Así, quedó demostrado que los hechos avasallan el derecho, con lo cual esta normativa no tuvo ninguna clase de aplicación práctica. Cfr. MERRYMAN, ob. cit., p. 66.

156 BRAVO ARTEAGA, ob. cit., pp. 72.

157 Cabe precisar que los códigos aparecen en la historia de la humanidad desde la edad antigua.

resultaron de la Revolución de 1789, en los cuales se presenta la ley como expresión de la voluntad general[158]. Al respecto, MERRYMAN relata que una de las causas por las cuales aparecen estas compilaciones normativas fue la necesidad revolucionaria de volver innecesarios a los abogados.

> Se deseaba un sistema legal que fuese simple, no técnico y claro: un sistema donde pudiera evitarse al profesionalismo y la tendencia hacia el tecnicismo y la complicación de la que suele acusarse a los abogados. Esto podría lograrse enunciando la ley en forma clara y directa, de modo que el ciudadano pudiera leer la ley y entender sus derechos y obligaciones sin tener que consultar a sus abogados y acudir a los tribunales. En esta forma, el Código Civil francés de 1804 se concebía como una especie de libro popular que podía colocarse en el librero al lado de la Biblia familiar. Sería un manual para el ciudadano, claramente organizado y presentado en lenguaje sencillo, que permitiría a los ciudadanos determinar por sí mismos sus derechos y obligaciones legales[159].

Así, por ejemplo, se cuentan el Código de HAMMURABI, las XII Tablas, el Código Ático de SOLÓN, las Leyes de Manú y el *Codex* romano. Adicionalmente, antes de la formación de los Estados nacionales los reyes decretaron códigos de derecho, en que se replanteaba y revisaba el derecho consuetudinario. Cfr. BERMAN, H.J. (1983). *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, Fondo de Cultura Económica, México, pp. 137 y 138, 193 y 599. "El derecho pareció extenderse y desarrollarse, conforme un rey aumentaba la legislación de sus predecesores": ibíd., p. 563.

158 GALGANO explica que el sistema establecido en el Código Civil francés gravitaba en torno al derecho de propiedad y estaba dirigido a la clase terrateniente, dado que aseguraba el disfrute y la conservación de la propiedad inmobiliaria. Mientras tanto, el Código de Comercio estaba dirigido a la burguesía comercial e industrial, pues sus reglas buscaban proteger la propiedad mobiliaria y su valoración correspondiente. Cfr. GALGANO, F. (1987). *Historia del derecho mercantil*, trad. de Joaquín Bisbal, Laia, Barcelona, pp. 94-104. Por su parte, LARROUMET se explaya en diatribas en contra de la codificación comercial francesa, en los siguientes términos: "Un código en el verdadero sentido de la palabra, es una exposición metódica del derecho que, en forma sistemática y coherente, hace el legislador por sí mismo. Tal fue el caso, en Francia, especialmente, del Código Civil, o del Código Penal, del Código de Procedimiento Penal y del Código de Procedimiento Civil. Ese debía ser el caso del Código de Comercio, pero este no solamente ha sido considerado siempre como imperfecto y ha presentado lagunas, sino que, además, partes enteras de él han sido suprimidas para ser reformadas; dichas reformas han sido hechas a través de leyes que no han sido nunca integradas y que, por lo tanto, se encuentran fuera del Código. Cualquiera que haya sido la intención inicial del legislador frente a la codificación del derecho comercial, esta no fue jamás una verdadera codificación, tal como fue el caso en derecho civil, aun si pudiera considerarse que cumplió con ese papel codificador a comienzos del siglo XIX, puesto que a nuestros días ya no lo es. Sin embargo, las reglas de derecho comercial habían sido reagrupadas por ramas en voluminosas leyes": LARROUMET, ob. cit., pp. 103 y 104. Algo similar ocurre en Colombia, como se verá posteriormente.

159 MERRYMAN, ob. cit., pp. 63 y 64.

De estas dos obras se generó un movimiento codificador en Europa, el cual inició con el Código Civil alemán de 1896, que tenía una orientación más histórico-científica y profesional, gracias a los aportes que hiciera al respecto FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY[160]. Posteriormente, esta idea fue recogida por los países latinoamericanos donde se copiaron los principios en ellas contenidos, lo cual se convirtió en el segundo gran trasplante legal en el mundo, después de lo sucedido con el derecho romano.

Respecto de la codificación, PORTALIS, una de las figuras más destacadas de la comisión redactora del Código Civil francés, al presentar su Discurso Preliminar a NAPOLEÓN, indicó: "jamás las leyes podrán reemplazar enteramente el uso de la razón natural en los negocios de la vida. Las necesidades son tan varias, el comercio entre los hombres tan activo, los intereses tan múltiples, sus relaciones tan extensas, que es imposible al legislador preverlo todo"[161]. Casi un siglo después, CARNELUTTI entendió que la codificación en algún momento de la historia iba a terminar en crisis, ocasionada por la inflación legislativa. Así, el doctrinante señaló:

> Se comprende que cuanto más progrese una sociedad, y con ella el derecho, tanto más se multiplica el número de las leyes. La comparación entre un código antiguo y un código moderno, o aun con un sistema de códigos modernos, pone en evidencia esta multiplicación [...]. En determinado momento, en los países de leyes escritas, cada una de las proposiciones de las leyes, llamadas precisamente artículos, se agrupan en ciertos conjuntos que son los modernos códigos [...] pero esos códigos, hoy, no contienen ni aún siquiera la mayor parte de las leyes; además de ellos hay una cantidad notabilísima de otras leyes que diríamos extravagantes: son tantas, que a fin de facilitar su conocimiento y manejo, muchas de ellas están recogidas, por iniciativa privada[,] en otros códigos[162].

---

160 Ibíd., pp. 67-70.

161 Cfr. *Juristas Modernos*, t. II, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 746, cit. por BRAVO ARTEAGA, ob. cit., p. 75.

162 Y la crítica fue mucho más allá: "Pero lo que no puedo silenciar es que los inconvenientes de la inflación legislativa no son menores que los debidos a la inflación monetaria: son como todos saben, los inconvenientes de la desvalorización. Por desgracia, lo mismo que nuestra lira, también nuestras leyes valen hoy menos que las de otros tiempos. Por un lado, la producción de las leyes, como la producción de las mercaderías en serie, se resuelve en un decaimiento del cuidado en su construcción. Pero lo más grave está en que al crecer su número, no consiguen llenar ya su función. Recuérdese que esta función consiste en dar a los hombres la certeza del derecho, es decir, en hacerles saber lo que deben hacer o no hacer y a qué consecuencias se exponen haciendo o no haciendo; a este fin es necesario que las leyes puedan ante todo ser conocidas. Pero, ¿cómo hace hoy un ciudadano para conocer todas las leyes de su país? No ya el

Estos fenómenos no son extraños al caso colombiano, donde sucede exactamente lo mismo. Por lo general, el legislador no estudia voluminosos compendios legales con profundidad, por muchos factores, entre los cuales se puede contar: (i) no todos los integrantes del cuerpo legislativo son abogados, y no entienden la metodología jurídica; (ii) existen intereses particulares en la formulación de las leyes; (iii) no hay tiempo durante los periodos legislativos para realizar el proceso debidamente, y (iv) no existe voluntad política sino para debatir asuntos mediáticos o de urgencia. Sin embargo, es claro que los códigos, en especial el Civil y el de Comercio, requieren de una revisión urgente que adapte sus normativas al siglo XXI, en especial en aspectos relacionados con temas tecnológicos y dejar de lado expresiones propias del *modus vivendi* de finales del siglo XIX y mediados del XX, respectivamente.

Por ello, cuando es preciso regular ciertos aspectos de estos estatutos se acude a normas sueltas que en ocasiones se incorporan a los códigos. Sin embargo, en otras, o se realiza esta labor respecto de ciertas disposiciones o simplemente los artículos quedan dispersos en el sistema. De ahí que solamente su integración normativa será posible gracias al alto grado de acuciosidad que pueda tener el editor que publique el código cuando este contenga disposiciones complementarias en el suplemento.

Parafraseando a MERRYMAN, a medida que crece la legislación especial, el código se convierte más en un cuerpo de derecho residual al que se recurrirá solo cuando no puede encontrarse alguna disposición más específica de la legislación especial. Si una de las funciones de un código cuidadosa y coherentemente redactado es la provisión de la certeza en el derecho, resulta evidente que gran parte de la legislación especial obstruye la búsqueda de esa clase de certeza[163].

Razón le asiste entonces a ZAGREBELSKY, para quien en la actualidad se debe descartar la idea de que las leyes, y las otras fuentes en conjunto constituyan un único ordenamiento. "La crisis de la idea de código es la manifestación más clara de este cambio. En estas condiciones, la exigencia

---

hombre de la calle solamente, ni aun siquiera los juristas, están hoy en condiciones de conocer más que una pequeña parte de ellas. El ordenamiento jurídico, cuyo mayor mérito debiera ser la simplicidad[,] ha venido a ser por desgracia un complicadísimo laberinto en el cual, a menudo, ni aquellos que debieran ser los guías, consiguen orientarse": CARNELUTTI, ob. cit., pp. 50-53.

163 MERRYMAN, ob. cit., p. 284.

de una reconducción a unidad debe tener en cuenta la crisis del principio de legalidad, determinada por la acentuada pérdida de sentido, pulverización e incoherencia de la ley y de las otras fuentes del derecho"[164].

C. IMPOSIBILIDAD DE REGULACIÓN TOTAL

Como ya ha sido enunciado, el positivismo planteó como uno de sus postulados que la ley debía regular todos los asuntos y, en su grado más puro, que los eventos que no se encuentran reglamentados por una norma no pueden ser resueltos, ni siquiera por intervención judicial, en la medida en que el juez simplemente es ejecutor e intérprete de la ley. Sin embargo, es evidente que la historia y el rumbo de los hechos hacen que las reglas se vayan quedando rezagadas en su formulación, y que sea imposible regular todos y cada uno de los comportamientos que asume un ser humano en sociedad[165].

Por ello, la propia ley intentó crear mecanismos para evitar que se presentaran estos vacíos, y que fueran cubiertos a partir del propio sistema. Es así como en virtud de una norma legal se le da validez a la analogía y a la costumbre, como se verá en adelante.

3.1.2.1.2. LA LEY COMERCIAL COLOMBIANA

Es fuente del derecho comercial colombiano toda norma en sentido formal o material que regule la materia mercantil –el comerciante, los actos de comercio y la empresa–[166]. Estas disposiciones se aplican de preferencia en los asuntos comerciales, como lo explica el artículo 1.° C.Co.[167]. Es notable la

164 Zagrebelsky, ob. cit., pp. 38 y 39.

165 "... hoy ya no es posible razonar en general partiendo de las premisas del principio de legalidad decimonónico. El significado que debe atribuirse a la ausencia de leyes es una cuestión que habrá de resolverse dependiendo de los distintos sectores del ordenamiento jurídico, en algunos de los cuales se podrá mantener la existencia de normas generales implícitas de libertad, mientras que en otros deberá reconocerse si acaso la existencia, por así decirlo, de normas generales prohibitivas. La regla liberal clásica, según la cual las actividades privadas siempre son lícitas si no vienen expresamente prohibidas por la ley, invierte su sentido en algunos supuestos y, en cualquier caso, ya no puede ser afirmada con carácter general": Zagrebelsky, ob. cit., pp. 36 y 37.

166 Pinzón, ob. cit., pp. 78-80; Madriñán de la Torre, R. E. & Prada Márquez, Y. (2013). *Principios de derecho comercial*, Universidad Javeriana y Temis, Bogotá, pp. 48 y 49; Olano García, ob. cit., pp. 44-66.

167 Según la disposición: "Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones

influencia del positivismo jurídico en el legislador al establecer esta fuente, la cual quedó consagrada en el ordenamiento comercial como la primera en una pirámide invertida, lo que sucedió al entrar en vigencia la mencionada normativa, en 1971. Sin embargo, ya se ha mencionado cómo desde 1991 este puesto ha quedado relegado en un lugar posterior a la Constitución Política, a la constitucionalización del derecho mercantil, y al bloque de constitucionalidad.

En todo caso, es preciso entender que debe existir una jerarquía entre la propia ley, por cuanto la realización del Estado de derecho así lo exige, de manera que su respeto facilite la organización jurídica de lo regulado y exista claridad entre los sujetos a los cuales están dirigidas estas disposiciones. Sin embargo, su escalafón no queda al libre albedrío de los ciudadanos, sino que debe ser la propia ley la que determina su ubicación, o en su defecto lo hará el juez[168]. En el derecho colombiano, tales criterios encuentran su fundamento

de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas". Esta especialidad es vista por Merryman con ojos críticos, por cuanto él explica que en la mayoría de países de derecho civil, el mercantil se crea a partir de un código separado. Sin embargo, a su juicio, este tipo de normativa está desapareciendo paulatinamente, como ocurrió en el caso de Suiza e Italia y se han incluido en los códigos civiles las materias extraídas de los mercantiles. Es decir, el derecho civil se está volviendo sinónimo del derecho privado, pues existe una 'civilización' del derecho mercantil. "En cambio, el derecho mercantil ha contemplado las transacciones que involucran a los comerciantes como parte del flujo normal de la actividad comercial. A través de los siglos, esta diferencia de actitud ha generado diferencias en las reglas y las prácticas. Como sería de esperarse, en los países industriales comerciales modernos ha tendido a preferirse el enfoque del derecho mercantil sobre el enfoque del derecho civil. Este proceso se ha descrito como la 'comercialización' del derecho privado". Y agrega: "El derecho privado está integrado así por dos grandes campos que coexisten en una simbiosis. El derecho civil se enriquece por la 'comercialización'; el derecho mercantil disminuye por la 'civilización' y está en decadencia. Se tiende hacia un derecho privado unificado que es sinónimo del derecho civil. Persiste la subtradición más antigua dentro de la tradición del derecho civil": Merryman, ob. cit., pp. 188-190. Lo interesante de todo este asunto es que en el caso colombiano ese principio de comercialización del derecho privado es latente: cfr. Narváez García, ob. cit., pp. 47-49. Incluso, se podría hacer referencia a una comercialización del derecho público, especialmente en materia de contratación estatal.

168 Según lo precisa Mendonca: "una norma considerada, por alguna razón, como superior o más importante, prevalece sobre otra, considerada inferior o menos importante (...). La ordenación exige el empleo de ciertos criterios que permitan establecer relaciones jerárquicas entre los elementos del sistema. Tales relaciones pueden ser establecidas por el legislador y hallarse contenidas en las normas jurídicas mismas, o determinadas mediante criterios generales basados en la fecha de promulgación de una norma (criterio cronológico), el rango de la autoridad que dictó la norma (criterio jerárquico) o el grado de generalidad de los contenidos normativos (criterio material). También pueden ser impuestas por el juez mediante el uso de determinados criterios

en disposiciones como el artículo 10.° C.C., al cual debe hacerse referencia en esta materia por lo dispuesto en el artículo 2.° C.Co., y los artículos 1.° a 49 de la Ley 153 de 1887.

Según explica MANTILLA ESPINOSA, tal jerarquización ha integrado el lenguaje corriente de la "comunidad jurídica", donde en la práctica se les conoce como "*lex posterior*", "*lex superior*" y "*lex specialis*"[169]. De esta manera: "Si una norma está en contradicción con otra superior en la jerarquía de fuentes (*lex superior*), la primera será inválida y el juez debe no aplicarla o, incluso, en caso de que la norma sea inconstitucional, la Corte Constitucional tiene que anularla mediante la constatación de su invalidez llamada inexequibilidad"[170].

Si se observan las disposiciones normativas que se encuentran vigentes en la actualidad, y teniendo como fundamento lo señalado en este capítulo, es posible afirmar que la jerarquización de la ley mercantil en Colombia se puede basar en primer lugar en las leyes formales y, posteriormente, en las materiales. Así, se encuentran en un primer momento las disposiciones expedidas por el Congreso de la República o por el Gobierno Nacional, en virtud de autorizaciones constitucionales o legales para poner en vigencia normas con fuerza de ley[171]. Posteriormente, se ubicarán en esta pirámide

---

subjetivos de preferencia": MENDONCA, D. (2009). *Análisis constitucional. Una introducción. Cómo hacer cosas con la Constitución*, Universidad del Rosario, Bogotá, p. 48.

169 MANTILLA ESPINOSA, ob. cit., pp. 571 y 572.

170 Ibíd., p. 577.

171 A manera de ejemplo, se mencionan las siguientes, sin ser las únicas: Decreto Ley 410 de 1971, "Por el cual se expide el Código de Comercio"; Decreto 663 de 1993, "Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración"; Ley 256 de 1996, "Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal"; Ley 336 de 1996, "Por la cual se adopta el estatuto nacional de transporte"; Ley 527 de 1999, "Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones"; Ley 964 de 2005, "Por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público que se efectúen mediante valores y se dictan otras disposiciones"; Ley 1116 de 2006, "Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones"; Ley 1231 de 2008, "Por la cual se unifica la factura como título valor como mecanismo de financiación para el micro, pequeño y mediano empresario, y se dictan otras disposiciones"; Ley 1258 de 2008, "Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada"; Ley 1340 de 2009, "Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia"; Ley 1480 de 2011, "Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones"; Ley 1563 de 2012, "Por medio de la cual se expide

los decretos reglamentarios, las resoluciones expedidas por los ministerios, las superintendencias y los departamentos administrativos, todos estos del orden nacional, y, finalmente, se encontrarán los actos expedidos sobre la materia por entidades del orden territorial, previa autorización legal.

En este punto es importante mencionar dos de las normativas que se encuentran en esta cúspide, y que merecen unas palabras adicionales para entender el contexto en que se ubican y en que fueron expedidas. La primera de ellas es el Código de Comercio, normativa que según NARVÁEZ fue redactada siguiendo los postulados de los códigos decimonónicos, y que ha recibido una serie de críticas por la diversidad de teorías que lo forman, como sucede por ejemplo con el derecho francés –en materia de actos de comercio–, español –en cuanto al registro de la propiedad inmueble–, alemán –la teoría del acto jurídico– e italiano –la empresa, el empresario y el establecimiento de comercio–.

No obstante, se trata de un cuerpo normativo que se encuentra vigente desde hace más de 40 años, y cuya vigencia ha permanecido en el tiempo, pero que ha sobrevivido estructuralmente gracias a las diferentes modificaciones efectuadas, y que son propias del acontecer de los hechos. En efecto, en su articulado no aparece regulación alguna sobre fenómenos que incluso gravitaban alrededor de la esfera económica para la época de su redacción, como son las prácticas restrictivas de la competencia, los abusos de monopolios y oligopolios, los grupos societarios y el comercio electrónico[172], por nombrar algunos.

La segunda de estas normativas tiene que ver con los derechos derivados de la propiedad industrial, y que se encontraban regulados en Colombia en

---

el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones". Igualmente, existen normativas que aunque pueden versar sobre asuntos diferentes al derecho comercial, algunos de sus artículos son netamente mercantiles por los sujetos o por el objeto al que están dirigidas. Es el caso de preceptivas como: la Ley 1014 de 2006, "De fomento a la cultura del emprendimiento"; la Ley 1266 de 2008, "Por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones"; la Ley 1429 de 2010, "Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo"; el Decreto 19 de 2012, "Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública".

172 De este estatuto se han derogado más de 400 preceptos y sustituido otros tantos. Cfr. NARVÁEZ GARCÍA, ob. cit., p. 30.

el Libro Tercero del Código de Comercio. Al hacer parte de la Comunidad Andina[173], el país declinó su soberanía para favorecer la legislación uniforme comunitaria[174].

Es así como se delegó la soberanía[175] en la Comisión Andina para regular diferentes aspectos del comercio entre los países miembros[176], dentro de los cuales se encuentra la propiedad industrial[177]. De esta manera, se han promovido diferentes instrumentos normativos en la materia, el último de los cuales, y que se encuentra vigente, es la Decisión 486 de 2000, "Régimen Común sobre Propiedad Industrial"[178].

173 Según relata METKE MÉNDEZ, el Acuerdo de Integración Subregional Andino –Acuerdo de Cartagena o Pacto Andino– fue suscrito en Bogotá el 26 de mayo de 1969 y entró vigencia para Colombia el 27 de noviembre de 1969, luego de ser aprobado mediante la Ley 8.ª de 1973. Este documento ha tenido una serie de protocolos modificatorios en 1976, 1978, 1987, 1988 y 1996. Cfr. METKE MÉNDEZ, R. (2001). *Lecciones de propiedad industrial*, Baker & McKenzie, Bogotá, p. 29.

174 Todo esto en virtud del Preámbulo de la Constitución, donde se menciona que el país se encuentra comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana.

175 La Corte Constitucional se ha referido a esta delegación en los siguientes términos: "El derecho comunitario, surgido como resultado del traslado de competencias en diferentes materias del quehacer normativo por los países miembros y las subsecuentes regulaciones expedidas por las autoridades comunitarias apoyadas justamente en tales competencias y atribuciones, ofrece la doble característica de un sistema preeminente o de aplicación preferencial frente al derecho interno de cada país miembro y con una capacidad de aplicación directa y eficacia inmediata, porque a las regulaciones que se expidan con arreglo al sistema comunitario, no es posible oponerle[s] determinaciones nacionales paralelas que regulen materias iguales o que obstaculicen su aplicación, ni su eficacia puede condicionarse a la voluntad del país o de las personas eventualmente afectadas por una decisión". Y agrega: "De esta suerte, la capacidad de regulación por los países miembros sobre materias reservadas al derecho comunitario es muy restringida, limitándose apenas a la expedición de normas complementarias cuando el estatuto de integración lo autorice para reforzar las decisiones de las autoridades comunitarias o si fuere necesario para establecer instrumentos de procedimiento destinados a la aplicación de las sanciones, trámites y registros de derechos y, en fin, para la ejecución de medidas de carácter operativo que deban cumplirse ante las autoridades nacionales": Corte Constitucional, Sentencia C-228, mayo 25/95, M.P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

176 Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

177 Igual sucede, por ejemplo, en materia de transporte: terrestre –decisiones 398 y 399–, aéreo –Decisión 582–, marítimo –Decisión 282– y multimodal —decisiones 331 y 393–, disponible en: www.comunidadandina.org/transportes.htm, consulta realizada el 28 de julio de 2013.

178 Esta normativa ha sido reformada en dos oportunidades, mediante la Decisión 632 de 2006, "Aclaración del segundo párrafo del artículo 266 de la Decisión 486 de 2000", y la Decisión 689 de 2008, "Adecuación de determinados artículos de la Decisión 486 – Régimen Común sobre Propiedad Industrial, para permitir el desarrollo y profundización de Derechos de Propiedad Industrial a través de la normativa interna de los Países Miembros". Disponibles en: www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=9457, consulta realizada el 28 de julio de 2013.

Un punto adicional, que es preciso abordar en este momento, tiene que ver con la manera como la doctrina clasifica a las normas mercantiles. Los autores las diferencian, según su contenido y fuerza vinculante, en: imperativas, dispositivas y supletivas[179]. Cabe precisar y reiterar que de ellas existen ejemplos en toda la legislación mercantil, y no solamente en el Código de Comercio.

a. LAS NORMAS MERCANTILES IMPERATIVAS

Se trata de aquellas disposiciones que imponen limitaciones a la autonomía de la voluntad, es decir, a la libertad de contratación, determinando sanciones o estableciendo regulaciones que no son susceptibles de modificación o derogación por acuerdos privados. Fueron inspiradas en principios ligados a la noción de orden público en su triple dimensión de seguridad del Estado, buenas costumbres y protección a terceros, todo lo cual se fundamenta en un interés público protegido. Por ello, son de obligatorio cumplimiento, interpretación estricta y aplicación restrictiva[180].

De esta manera, la Corte Suprema de Justicia se ha referido a este tipo de disposiciones en el sentido de que son: "de observancia forzosa, obligatoria, imprescindible e ineludible, impuestas por el legislador a contrariedad de sus destinatarios al obedecer al *ius cogens* u orden público, intereses vitales de mayúscula significación e importancia y, por ello, no admiten en forma alguna discusión, sustitución, exclusión, alteración, modificación ni aplicación e interpretación extensiva o analógica[,] y comportan restricciones a la autonomía privada y libertad particular, por lo cual, se comprende su efecto vinculante y la imposibilidad de extenderlas a casos análogos y próximos"[181].

A ellas corresponden las disposiciones que regulan: los deberes de los comerciantes, los requisitos para el perfeccionamiento de los negocios jurí-

179 PINZÓN clasifica las normas mercantiles como imperativas y dispositivas, entendiendo que estas últimas se subdividen en principales o exclusivas, que corresponden a las que mencionaremos como reglamentarias, y subsidiarias, que serán las que enunciaremos como supletivas. Cfr. PINZÓN, ob. cit., p. 85.

180 PINZÓN, ob. cit., p. 85; NARVÁEZ GARCÍA, ob. cit., p. 98.

181 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Exp. 2001-00803-01, julio 1.°/2008, M.P.: WILLIAM NAMÉN VARGAS.

dicos, las que instituyen prohibiciones generales o especiales, y las normas procedimentales de los procesos de insolvencia, entre otras[182].

b. LAS NORMAS DISPOSITIVAS O REGULATORIAS

Son aquellas disposiciones que cumplen una función simplemente enunciativa o reglamentaria al tratarse de simples definiciones y clasificaciones elaboradas por el legislador para aclarar una determinada institución jurídico-mercantil. Sin embargo, no pueden modificarse por voluntad de las partes por ser ajenas al campo de la estipulación contractual, al proveer sobre cuestiones ajenas a la voluntad individual[183].

Dentro de ellas se cuentan, por ejemplo, las normas que califican los actos de comercio, las que tipifican los contratos nominados, la organización de las cámaras de comercio, el registro mercantil, etc.

c. LAS NORMAS SUPLETIVAS

Respecto de ciertos actos en los que no existe un interés general protegido, la ley les permite a los particulares regular sus propios negocios como ellos lo determinen. Sin embargo, cuando los contratantes no estipulan una regla convencional, estas suplen su falta de voluntad o silencio, llenando de esta forma los vacíos contractuales. Por ello, en palabras de PINZÓN, "se trata de una fuente subsidiaria de derecho, sobre la cual prevalece la voluntad de los contratantes, si versa sobre un objeto lícito y tiene una causa lícita y si, además, se expresa con sujeción a las normas imperativas de la ley, que son límites que no pueden ser rebasados contractualmente, ya que en su observancia está comprometido el orden público"[184].

Como ejemplo de estas normas se puede citar el artículo 150 C.Co. que señala cuál es la participación que los asociados reciben de las utilidades de una empresa –se hará en proporción a la parte pagada del valor nominal de las acciones cuotas o partes de interés de cada asociado si en el contrato no

182 Otros ejemplos de normas comerciales de carácter imperativo en el Código de Comercio: artículos 141, 150, inc. 2.°, 198, inc. 3.°, 200, 294, 362, 936, 962, 992, 993 y 1081.

183 PINZÓN, ob. cit., pp. 85 y 86; NARVÁEZ, ob. cit., pp. 98 y 99; MADRIÑÁN DE LA TORRE & PRADA MÁRQUEZ, ob. cit., p. 50.

184 PINZÓN, ob. cit., p. 86.

se ha dicho otra cosa–. Igualmente, las que prevén la administración de los negocios sociales por todos los socios en las sociedades colectiva y limitada, salvo que por disposición estatutaria se delegue en uno o más socios o extraños. Así mismo, las normas que establecen los elementos naturales de cada contrato en particular[185].

3.1.2.2. LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHO COMERCIAL RATIFICADOS POR COLOMBIA

Según explica LARROUMET, los acuerdos celebrados entre los sujetos de derecho internacional público, como lo son los Estados y los organismos internacionales, tienen como objeto elaborar reglas de derecho internacional público o privado o incluso de derecho interno, cuando el instrumento tiene por objeto unificar la normativa interna de los países que lo ratifican[186]. Es así como al entrar en vigencia, una vez surtido el trámite constitucional y legal pertinente, constituyen fuente material del derecho, y específicamente del comercial, si el instrumento contiene disposiciones que crean o regulan figuras mercantiles que poseen un alcance internacional, pero cuya aplicación será igualmente realizada en el ámbito interno.

Es decir, no caben en esta figura los tratados internacionales que se refieren exclusivamente a comercio bilateral o multilateral, pues esto es conceptualmente diferente a figuras del derecho comercial que son incluidas en este tipo de instrumentos. Es así como a continuación se analizarán estos documentos, para lo cual se partirá de precisar en qué consisten y la manera cómo la Constitución ordena a las tres ramas tradicionales del poder público participar en su formación y vigencia. Posteriormente, se presentará el trámite normal que puede surtir un tratado internacional, pues no es este

185 NARVÁEZ, ob. cit., p. 99; MADRIÑÁN DE LA TORRE & PRADA MÁRQUEZ, ob. cit., p. 50. Otros ejemplos de normas supletivas en el Código de Comercio: 123, 124, 125, 131, 223, 231, 302, 316, 332, 334, 340, 349, 359, 360, 363, 364, 368, 385, 851 (853), 856, 912, 917, 924, 947, 970, 971.

186 "Las disposiciones escritas de un tratado son muy similares a las de una ley o a las de un contrato, lo cual lo distingue claramente de una regla formulada por la costumbre o por la jurisprudencia [...]. Ahora, existe una diferencia importante entre la ley y el tratado, y es que, contrariamente a la ley nacional, el tratado no es un acto de autoridad del poder político; en efecto, es el objeto de una negociación entre Estados y, en consecuencia, se aproxima más al contrato [...] [L]a fuerza obligatoria del tratado está dirigida por el respeto a la palabra dada y el tratado no aparece como nada diferente de un contrato acordado entre dos o varios Estados": LARROUMET, ob. cit., pp. 126 y 127.

el espacio para explicar las situaciones de anormalidad, las cuales por su naturaleza pueden ser múltiples.

Seguidamente, se precisará cómo los tratados constituyen fuente material del derecho comercial colombiano, en el entendido de que los tratados vigentes son leyes de la República; se comentará la forma en que las normas comunitarias operan dentro del sistema y, finalmente, se hará referencia a la aplicación provisional de los tratados de naturaleza económica y comercial, según lo prevé el artículo 224 C.P.

3.1.2.2.1. CONCEPTUALIZACIÓN

En el sistema de fuentes del derecho internacional, la principal forma de creación de obligaciones entre los Estados y los organismos internacionales son los tratados. Su definición global se encuentra contenida en la Convención de Viena de 1986 que indica: "Se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular"[187].

Como se aprecia, no importa qué denominación particular utilicen, pues lo que realmente interesa es que constituyan un acuerdo internacional[188]. Como lo explica DÍEZ DE VELASCO, existen muchas acepciones a este término, dentro de las cuales se encuentran las siguientes:

– Convenio: suele indicar el compromiso que determina las relaciones entre los Estados en algún caso concreto.

– Pacto: se utiliza en el caso de compromisos bilaterales o plurilaterales entre los Estados, referentes a algunos aspectos de las relaciones políticas.

– Declaración: se usa cuando se trata de principios o normas generales de derecho internacional.

187 Artículo 2.°, literal a) de la Convención de Viena de 1986 sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales.

188 DÍEZ DE VELASCO, M. (2009). *Instituciones de derecho internacional público*, Tecnos, 17.ª ed., pp. 160 y 161, Madrid; VARELA QUIROZ, L.A. (1966). *Las fuentes del derecho internacional*, Temis, p. 18, Bogotá; SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, A. (1936). *Derecho internacional público*, Carusa, La Habana, p. 350; VALENCIA RESTREPO, H. (2008). *Derecho internacional público*, Comlibros, 3.ª ed., Medellín, pp. 312 y 313; REMIRO BROTÓNS, A. *et al.* (2007). *Derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 323; CAVELIER, G. (2000). *Régimen jurídico de los tratados internacionales en Colombia*, 3.ª ed., Legis, Bogotá, p. 50.

– Protocolo: se emplea cuando se adiciona, interpreta o reforma un tratado[189].

3.1.2.2.2. LA TRÍADA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE TRATADOS

A juicio de la Corte Constitucional, los tratados internacionales son actos jurídicos complejos por cuanto: (i) son desarrollados en momentos diversos; (ii) involucran diferentes órganos del Estado, y (iii) están sometidos a normas internacionales y constitucionales"[190]. Es así como el alto tribunal sostiene que para que Colombia adquiera obligaciones internacionales válidamente a través de estos instrumentos debe existir un trabajo conjunto entre tres ramas del poder público, que constituyen lo que ella llama una "tríada orgánica". Este proceso se resume en cuatro etapas[191]:

– El Presidente de la República tiene la potestad exclusiva y excluyente de tomar la iniciativa para celebrar tratados o convenios con otros Estados o entidades de derecho internacional, en su calidad de jefe de las relaciones internacionales. Directamente, o por intermedio de sus delegados puede entablar negociaciones, fijar sus términos y alcance, avalar o no los acuerdos logrados y suscribir o no el texto del tratado[192].

– Le corresponde al Congreso decidir sobre la aprobación o improbación de los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional[193].

189 Existen muchos otros, como sucede con acuerdo, carta, compromiso, concordato, convención, estatuto, *modus vivendi*, etc. Sin embargo, el autor reitera que lo realmente importante es que haya acuerdo expresado en cualquier forma adecuada, "por lo cual las denominaciones citadas no tienen ninguna trascendencia internacional, ni en su intención, ni en su interpretación": DÍEZ DE VELASCO, ob. cit., pp. 160 y 161.

190 De acuerdo con la Corte: "el derecho internacional consagra la vida y los efectos internacionales de esos acuerdos, mientras que el derecho constitucional establece la eficacia interna de los tratados así como las competencias orgánicas y los procedimientos institucionales por medio de los cuales un país adquiere determinados compromisos internacionales": Corte Constitucional, Sentencia C-400, ago. 10/98, M.P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

191 Corte Constitucional, Auto 288, agosto 17/2010, M.P.: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

192 Numeral 2 del artículo 189 C.P.

193 Numeral 16 del artículo 150 C.P.

– La Corte Constitucional es la entidad judicial que ejerce el control de constitucionalidad de los acuerdos celebrados por el Gobierno y aprobados por el Congreso[194].

– Una vez decidida su validez frente a las disposiciones constitucionales, el Presidente de la República procederá a la ratificación del tratado[195].

3.1.2.2.3. ENTRADA EN VIGOR Y VIGENCIA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

La pregunta que surge en este punto es cuál es realmente el trámite que debe surtir un tratado internacional para convertirse en norma de obligatorio cumplimiento por Colombia, es decir, que tenga efectos para el país, y que tanto las autoridades como los particulares deban acatarlo plenamente. Este procedimiento se encuentra contenido en las normas de derecho internacional público, los preceptos constitucionales y la propia ley colombiana, cuyos pasos se enuncian a continuación[196].

a. NEGOCIACIÓN, REDACCIÓN Y FIRMA

El Presidente de la República se encuentra investido de la facultad de celebrar tratados internacionales, al ser el supremo director de las relaciones diplomáticas y comerciales del Estado con los otros países y con las demás entidades de derecho internacional. Por ello, le corresponde a él realizarla directamente o a través de agentes designados[197]. Sin embargo, no es él quien negocia personalmente los proyectos, sino que para tales efectos confiere plenos poderes, cuya extensión se fija en el propio documento. Estos se le otorgan al Ministro de Relaciones Exteriores, a un embajador o ministro o, incluso, a cualquier persona, pues el propio Presidente designa a sus agentes[198].

194 Artículo 241 C.P.

195 Corte Constitucional, Sentencia C-276, julio 22/93, M.P.: VLADIMIRO NARANJO MESA y C-246, abril 21/99, M.P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL y JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

196 Ley 5.ª de 1992, Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes.

197 Numeral 2 del artículo 189 C.P.

198 DÍEZ DE VELASCO, ob. cit., pp. 163-166; CAVELIER, ob. cit., p. 60; GAVIRIA LIÉVANO, E. (2005). *Derecho internacional público*, 6.ª ed., Temis, Bogotá, pp. 358 y 359.

Entonces, serán los plenipotenciarios los encargados de fijar el contenido del tratado y adoptarlo en su versión final, en el idioma o idiomas correspondientes[199]. Para ello, se tendrá en cuenta la unanimidad, si se trata de tratados bilaterales o multilaterales concertados entre un número reducido de Estados, y la mayoría, si se trata de un instrumento proferido por una conferencia internacional[200].

El paso posterior es la autenticación del texto, señalada en el artículo 10 de la Convención de Viena. Esta se realiza mediante el procedimiento que se prescriba en él o que convengan los Estados que hayan participado en su elaboración. Igualmente, se puede hacer a través de la firma, la firma "*ad referéndum*" –aquella que requiere confirmación posterior para producir sus efectos– o mediante la rúbrica puesta por los representantes de esos Estados en el texto del tratado o en el acta final de la conferencia en la que figure el texto. Se trata entonces de "un acto jurídico por el cual queda fijado el contenido exacto del texto por el que habrán de obligarse, en el caso de que decidan hacerlo: es decir, adquieren la certeza de que ese texto no sufrirá alteración alguna"[201].

Adicionalmente, el derecho de los tratados permite que esa firma sea efectuada con reservas, las cuales son definidas como "una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado"[202]. En consecuencia, puede ser el plenipotenciario quien firme el documento o esta función se la puede haber

199 Para tales efectos, tal adopción se rige por lo dispuesto en el artículo 9.° de la Convención de Viena que prescribe: "1. La adopción del texto de un tratado se efectuará por consentimiento de todos los Estados participantes en su elaboración, salvo lo dispuesto en el párrafo 2". Y agrega: "2. La adopción del texto de un tratado en una conferencia internacional se efectuará por mayoría de dos tercios de los Estados presentes y votantes, a menos que esos Estados decidan por igual mayoría aplicar una regla diferente".

200 CAVELIER, ob. cit., p. 69.

201 DE LA GUARDIA, E. & DELPECH, M. (1970). *El derecho de los tratados y la Convención de Viena*, Buenos Aires, pp. 205 y ss., cit. por CAVELIER, ob. cit., p. 70. Véase, además, GAVIRIA LIÉVANO, ob. cit., pp. 358 y 359.

202 Literal d) del artículo 2.° de la Convención de Viena. Sin embargo, CAVELIER, citando a DE LA GUARDIA & DELPECH, señala que una reserva no es efectiva sino hasta que es aceptada por otro Estado parte en el tratado. Por ello, no es correcto expresar que un Estado "hace" una reserva sino que la "presenta" o la "formula". Cfr. CAVELIER, ob. cit. p. 70. Y cfr. GAVIRIA LIÉVANO, ob. cit., p. 359.

reservado directamente el Presidente de la República, para su aprobación en esta etapa previa[203].

b. APROBACIÓN POR EL CONGRESO Y SANCIÓN PRESIDENCIAL

Una vez surtida la negociación del tratado internacional y habiendo este sido suscrito mediante la firma correspondiente, será el Congreso de la República quien imparta su aprobación al instrumento. Cabe precisar que también está facultado para improbarlo, si así lo considera[204]. En cualquier caso, la decisión podrá ser tomada en sesiones ordinarias o extraordinarias, teniendo en cuenta que en este último evento tendrá que haberse incluido este punto en la convocatoria que para tal efecto realice el Gobierno Nacional.

De tal manera, el Presidente presentará a consideración del Congreso un proyecto de ley aprobatorio del tratado, con su correspondiente exposición de motivos, pues según la Constitución solamente el Gobierno tiene iniciativa en esta materia[205]. Cuando el instrumento trata materias de competencia de ciertos ministerios, estos deben concurrir con el de Relaciones Exteriores a la presentación del proyecto[206]. Este trámite, que es el mismo que constitucionalmente debe surtir una ley ordinaria[207], debe realizarse en la secretaría del Senado e iniciar su curso ante la Comisión Segunda de esa corporación, según lo dispone el artículo 143 de la Ley 5.ª de 1992, que desarrolla lo señalado en el último inciso del artículo 154 C.P.

Una vez aprobado pasará a conocimiento de la plenaria, y posteriormente tendrá que surtir el mismo camino ante la Cámara de Representantes. Como resulta evidente, no le es posible al Congreso modificar lo ya negociado y aprobado del contenido del tratado. Sin embargo, es factible modificar el

203 Díez de Velasco, ob. cit., pp. 165-173.

204 Así lo establece el numeral 16 del artículo 150 C.P.: "16. Aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados". Cfr., además, Cavelier, ob. cit., pp. 114 y 136.

205 Artículo 154 C.P. Cavelier, ob. cit., pp. 135 y 136.

206 Cavelier, ob. cit., p. 101.

207 Gaviria Liévano, ob. cit., p. 360.

proyecto de ley en lo adicional[208]. Se debe precisar, además, que ningún proyecto podrá ser considerado en más de dos legislaturas[209].

Luego de obtener su aprobación definitiva, el presidente del Congreso lo remitirá a la Presidencia de la República para su sanción. Esta consistirá en su firma, así como en la correspondiente de los ministros que participaron en la aprobación y discusión de la ley aprobatoria, bajo la fórmula: "Publíquese y ejecútese"[210]. Es a partir de este momento que el tratado internacional será reconocido por su número y fecha y pasará a control jurisdiccional ante la Corte Constitucional.

c. CONTROL CONSTITUCIONAL

Como se indicó previamente, luego de que el Congreso apruebe el proyecto de ley y tras su sanción presidencial, este será objeto de revisión sobre su exequibilidad por la Corte Constitucional[211]. Para ello, el Gobierno remitirá dentro de los seis días siguientes el texto debidamente sancionado. Una vez admitida la revisión, cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte declara constitucional el proyecto, el Gobierno procederá a la ratificación del instrumento. En caso contrario, no será ratificado jamás. Adicionalmente, la Constitución precisa que cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexequibles, el Presidente de la República solo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva[212].

208 Como lo pueden ser las "disposiciones dirigidas a la cumplida ejecución de lo pactado en el tratado": Cavelier, ob. cit., p. 136.

209 Artículo 190 C.P.

210 Cavelier, ob. cit., p. 413.

211 En este punto es preciso señalar que no se trata propiamente de una demanda, pues en realidad consiste en un acto de oficio entre las mencionadas autoridades públicas. Al respecto, el artículo 44 del Decreto 2067 de 1991, "Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional", establece que en los procesos de constitucionalidad de los tratados y de las leyes que los aprueban se debe aplicar lo dispuesto para el control de los proyectos de leyes estatutarias, que está contenido en los artículos 39 y siguientes. En estos casos, se menciona la expresión "revisión", la cual será efectuada por el alto tribunal una vez le sean enviados los textos aprobados en copia auténtica, por la Secretaría del Congreso, cuando se trate de una ley estatutaria y, por ende, de la Secretaría de la Presidencia de la República, si el documento es una ley aprobatoria de un tratado internacional.

212 Numeral 10 del artículo 241 C.P.

Cabe recordar en este punto que antes de la creación de la Corte Constitucional en 1991, la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia era enfática en señalar que las leyes aprobatorias de tratados y los tratados mismos no podían ser susceptibles de demandas de inconstitucionalidad, pues ese alto tribunal no podía invadir competencias del Gobierno. Esta misma postura fue recogida en un principio por la Corte Constitucional, pero posteriormente cambió su jurisprudencia, al fijar su competencia para conocer no solamente la forma sino también el fondo tanto de los tratados internacionales como de sus leyes aprobatorias, incluso de aquellos que fueron perfeccionados con anterioridad a la Constitución de 1991, lo cual fue duramente criticado por la doctrina colombiana[213].

d. RATIFICACIÓN: CANJE –TRATADOS BILATERALES– O DEPÓSITO DE LOS INSTRUMENTOS DE RATIFICACIÓN –MULTILATERALES–

Una vez surtido el trámite mencionado en el punto anterior, el tratado internacional retornará al Gobierno Nacional para que el Presidente proceda, si lo considera conveniente, a su ratificación. Esta figura se debe entender como la "manifestación del consentimiento del Estado de hallarse obligado por el tratado"[214]. Es a partir de allí que surge el vínculo internacional entre las partes del instrumento y la manera en que este adquiere fuerza obligatoria ante el derecho internacional.

213 La jurisprudencia que fijó esta posición de la Corte Constitucional fue la que revisó el Concordato con la Iglesia Católica de 1973 y la Ley 80 de 1984 que lo aprobó: cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-027, feb. 5/93, M.P.: Simón Rodríguez Rodríguez. Posteriormente rectificó esta posición respecto de los Tratados de Derecho Civil Internacional y de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1889 y su aprobación mediante la Ley 33 de 1992 (cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-027, feb. 5/93, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa), absteniéndose de dictar sentencia sobre instrumentos ya perfeccionados y que estaban plenamente vigentes ante el derecho internacional. Finalmente, al conocer la "Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados Internacionales o entre Organizaciones Internacionales [*sic*], hecha en Viena el 21 de marzo de 1986" y la Ley 406 del 24 de octubre de 1997 que la aprobó, el alto tribunal introdujo su competencia definitiva para juzgar tratados internacionales en su forma y fondo que se encontraban debidamente perfeccionados según el derecho internacional: cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-400, ago. 10/98, M.P.: Alejandro Martínez Caballero. Y cfr. Cavelier, ob. cit., pp. 201 y 202, y Gaviria Liévano, ob. cit., pp. 369 y ss.

214 Cavelier, ob. cit., p. 314.

La ratificación podrá hacerla el propio Presidente de la República o su plenipotenciario[215]. Si se trata de un tratado bilateral, esta se hará a través del canje de los instrumentos. Es usual que la entrega de estos documentos se realice mediante una ceremonia protocolaria, en la que se encuentran las partes, se entregan los instrumentos y se redacta un documento que da fe de la reunión, comúnmente denominado "acta de canje de los instrumentos de ratificación". Cuando se trata de tratados multilaterales, tal actuación se hará mediante el depósito de los mismos ante la secretaría del organismo internacional, y de ello se dejará constancia en el "acta de depósito de ratificación"[216].

e. ENTRADA EN VIGOR

Finalmente, para que el tratado internacional produzca todos sus efectos como ley de la República se hace precisa la promulgación del decreto proferido para tal efecto por el Gobierno Nacional. Es decir, el texto completo aprobado se deberá publicar en el Diario Oficial para generar así los requisitos de publicidad y obligatoriedad para el país y que son propios de este tipo de instrumentos internacionales[217].

3.1.2.2.4. LOS TRATADOS INTERNACIONALES COMO FUENTE DEL DERECHO COMERCIAL COLOMBIANO

Una vez surtido el trámite constitucional del tratado internacional, su ley aprobatoria se vuelve de obligatorio cumplimiento para Colombia, es decir, sus disposiciones se convierten en normas legales de aplicación directa. Por tal motivo, si el tratado contiene aspectos específicos sobre la materia mercantil, sus preceptos modifican la legislación interna preexistente y condicionan la que se promulgue durante su vigencia.

Según explica Larroumet, la posición de los tratados internacionales en la jerarquía de fuentes dependerá de la manera como el correspondiente ordenamiento regule la materia. En su criterio, no todos los Estados admiten

215 Gaviria Liévano, ob. cit., pp. 362 y 363.

216 Cavelier, ob. cit., p. 340.

217 Díez de Velasco, ob. cit., pp. 173-176; Cavelier, ob. cit., pp. 413-416; Gaviria Liévano, ob. cit., pp. 363-366.

una supremacía de estos instrumentos frente a las reglas escritas de derecho nacional. Por ello, explica que cuando se presente un conflicto entre las disposiciones de una ley nacional y las de un tratado resultará posible que prevalezca la ley en esos casos. Sin embargo, al autor precisa que en otros Estados es posible que la supremacía del orden internacional sobre el nacional se encuentre expresamente regulada[218]. Este es precisamente el caso colombiano respecto de los tratados en materia de derechos humanos, como se indicó previamente.

De los cientos de tratados que se encuentran vigentes en Colombia se encontraron algunos que son fuente material del derecho mercantil, dado que crean instituciones y figuras que se incorporan al ordenamiento jurídico nacional en calidad de reglas de aplicación directa entre los ciudadanos. Se reitera entonces que no todo tratado sobre comercio puede ser considerado como fuente de derecho comercial, pues estos solamente serán aquellos que regulan aspectos de la disciplina jurídico-mercantil.

Así, se pueden encontrar instrumentos en los cuales el Estado colombiano adhiere a organismos internacionales que tienen funciones de unificar y armonizar el derecho mercantil internacional. Igualmente, puede hacer suyas normas que regulan contratos o figuras que han sido plasmadas en este tipo de documentos para lograr una completa uniformidad en el desarrollo de los negocios celebrados por particulares de diferentes Estados. Y, finalmente, dentro de estas disposiciones se encuentran los tratados que regulan el libre comercio entre los países, en los cuales es posible hallar normas que afectan el ordenamiento mercantil[219].

En todos estos casos, una vez cumplido el trámite constitucional correspondiente, los tratados internacionales tienen la misma jerarquía de la ley y, como tales, son normativas mercantiles contenidas dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Igual ocurre con los casos de cesión de soberanía en materia legislativa, según se indicó previamente, respecto de los organismos de integración de los cuales hace parte Colombia, como es el caso de la Comunidad Andina[220], según el mandato constitucional establecido en los artículos 9.° y 227[221]. Es así como las decisiones proferidas por esta

218 Larroumet, ob. cit., p. 129.
219 De todos estos asuntos se hará referencia en un capítulo posterior.
220 En adelante, "CAN".
221 En los cuales se aboga por la integración económica, social y política con las demás naciones

entidad son de aplicación inmediata en el país, y tienen la misma categoría de la ley[222].

Un punto interesante en esta materia tiene que ver con el control judicial que se puede ejercer sobre las disposiciones comunitarias. Esto por cuanto existe el Tribunal Andino de Justicia, órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina de Naciones, el cual tiene dentro de sus funciones la de ser la entidad que defiende el espíritu de la integración andina[223]. La pregunta que surgiría entonces es: ¿puede conocer la Corte Constitucional una demanda de exequibilidad en contra de una norma comunitaria en la que se pretenda dejarla sin efecto por vulnerar la Carta Política?

Al respecto, el alto tribunal ha señalado que en principio esto resultaría improcedente por cuanto el derecho comunitario cuenta con una normativa, autoridades propias y jurisdicción específica. Sin embargo, de llegar a presentarse alguna de las causales establecidas en el artículo 241 C.P. quedará clara su competencia y podrá decidir acerca de la exequibilidad de una norma comunitaria, según los preceptos de la norma fundamental colombiana[224].

y especialmente con los países de América Latina y el Caribe para conformar una comunidad latinoamericana de naciones.

222 Así lo ha señalado la Corte Constitucional: "No existe la superioridad del derecho comunitario sobre la Constitución, y que no es cierto que comparta con ella idéntica jerarquía. Adicionalmente, el derecho comunitario tampoco conforma un cuerpo normativo intermedio entre la Carta Fundamental y la ley ordinaria, ya que la aprobación de los tratados por el Congreso se lleva a cabo mediante una ley ordinaria, de modo que, analizadas las cosas desde la perspectiva del juicio de constitucionalidad, las presuntas contradicciones entre la ley y el derecho comunitario andino no generan la declaración de inexequibilidad, cuyo presupuesto es la inconformidad de una norma inferior con otra superior y no con otra de la misma jerarquía o proveniente de algún órgano comunitario": Corte Constitucional, Sentencia C-256, mayo 27/1998, M.P.: Fabio Morón Díaz. Del mismo criterio, Tremolada Álvarez, E. (2006). *El derecho andino en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 119. No obstante, otros consideran que estas disposiciones ocupan un lugar preferente en el ordenamiento: "El Derecho comunitario constituye un orden jurídico propio, distinto del Derecho interno y del Derecho internacional que deben aplicarse uniformemente en el territorio de todos los Estados miembros y, por lo tanto, tiene una jerarquía superior a los ordenamientos jurídicos nacionales": Moreno Loayza, G. (1987). *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena como medio jurídico de solución de controversias*, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, p. 55, Quito.

223 El Tribunal Andino de Justicia es el "órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina, de carácter supranacional y comunitario, instituido para declarar el derecho andino y asegurar su aplicación e interpretación uniforme en todos los Países Miembros": Estatuto del Tribunal Andino de Justicia, art. 2.°.

224 Corte Constitucional, Auto 056, febrero 28/2007, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

3.1.2.2.5. APLICACIÓN PROVISIONAL DE TRATADOS DE NATURALEZA ECONÓMICA Y COMERCIAL

El artículo 224 C.P. consagra una posibilidad de aprobación anormal de tratados internacionales, la cual reviste un carácter meramente excepcional[225]. Según consagra esta disposición, algunos instrumentos podrán entrar en vigencia transitoriamente mientras son conocidos por el Congreso de la República.

A juicio de la Corte Constitucional, esta posibilidad está dada por la importancia del asunto regulado o por la urgencia que para los Estados represente su puesta en práctica[226]. Por tal motivo, la Carta Política precisó que únicamente serán susceptibles de aplicarse de esta forma los tratados de naturaleza económica y comercial[227].

En cualquier evento, para que la aplicación provisional sea posible, la norma fundamental exige el cumplimiento de dos condiciones: (i) se deben acordar en el ámbito de organismos internacionales, y (ii) dentro de sus disposiciones debe existir la posibilidad de su aplicación provisional[228].

Cabe precisar que la Corte Constitucional ha sido enfática en establecer que esta figura es "de interpretación rigurosa y estricta y no admite analogía", por cuanto permite la entrada en vigencia del tratado de forma distinta y previa respecto del trámite que ordinariamente podría tener este tipo de documentos, como lo es su aprobación por el Congreso y la posterior revisión constitucional. Por ello, una vez el tratado entra en vigor por decisión del Presidente de la República, este deberá someterlo a consideración del Parlamento, y si este no lo aprueba se suspenderá su aplicación[229].

225 Cavelier, ob. cit., pp. 239 y 240.

226 Corte Constitucional, Sentencia C-249, mayo 26/94, M.P.: Jorge Arango Mejía.

227 Al respecto, la Corte ha precisado que la Constitución de 1991 únicamente se refirió a la posibilidad de aplicación provisional en estos dos eventos. Por tal motivo, si un tratado versa sobre materias distintas a las contempladas por el artículo 224 y dispone en una cláusula especial que podrá ser provisionalmente aplicado, el respectivo negociador tendrá que hacer uso de la figura de la "reserva". Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-249, mayo 26/94, M.P.: Jorge Arango Mejía.

228 Corte Constitucional, Sentencia C-923, noviembre 7/2007, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández; Sentencia C-248, abril 1.°/2009, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

229 Corte Constitucional, Sentencia 400, agosto 10/98, M.P.: Alejandro Martínez Caballero; Sentencia C-896, octubre 7/2003, M.P.: Jaime Araújo Rentería; Sentencia C-249, mayo 26/94, M.P.: Jorge Arango Mejía.

En este punto es preciso hacer referencia a la promulgación del Decreto 1513 del 18 de julio de 2013, a través del cual el Gobierno dio aplicación provisional al Acuerdo Comercial entre Colombia y Perú y la Unión Europea y sus Estados miembros, firmado en Bruselas el 26 de junio de 2012, el cual entró a regir a partir del 1.° de agosto de 2013. La decisión fue tomada por el Ministerio de Relaciones Exteriores considerando que mediante nota verbal del 27 de febrero de 2013 el Consejo de la Unión Europea notificó a Colombia del cumplimiento de los requisitos exigidos para la aplicación provisional del tratado. Adicionalmente, se dio teniendo en cuenta que tanto Colombia como la Unión Europea son miembros fundadores de la Organización Mundial del Comercio, y al amparo de los artículos XXIV del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1994 y V del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS).

Así se cumplen, a juicio del Gobierno colombiano, los dos requisitos establecidos en el artículo 224 C.P. El desarrollo de este proceso queda en manos ahora del Congreso de la República y del consecuente análisis que de la ley aprobatoria realice la Corte Constitucional[230].

3.1.2.3. LAS DECISIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN EJERCICIO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LEYES MERCANTILES

Al igual que ha sucedido con otros tribunales constitucionales de la misma índole implantados en países de derecho civil, en Colombia los fallos de constitucionalidad que dicte la Corte Constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes hacen tránsito a cosa juzgada[231]. Quiere ello significar que todas las autoridades públicas y los particulares deben acatar lo decidido por ese alto tribunal en tales decisiones.

230 Disponible en: http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Decretos/2013/Documents/JULIO/18/DECRETO%201513%20DEL%2018%20DE%20JULIO%20DE%202013.pdf, consulta realizada el 29 de septiembre de 2013.

231 El artículo 243 constitucional señala: "Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexequible por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución".

Por tal motivo, BERNAL PULIDO afirma categóricamente que el sistema de fuentes del derecho colombiano se modificó en virtud de la fuerza vinculante de que gozan estas sentencias[232]. Adicionalmente, advierte que esta situación transformó el equilibrio de los poderes "porque, por una parte, se acepta que la Corte Constitucional no puede concebirse únicamente como un legislador negativo (...), sino como un órgano activo, que colabora con el legislativo y el ejecutivo en la producción de normas"[233].

En principio, esta jurisprudencia no tendría por qué ser fuente del derecho ni convertirse en norma, según explica GARRORENA MORALES. No obstante, el peso de la interpretación que de la Constitución realizan estas corporaciones de justicia adquiere tanta relevancia que termina provocando un seguimiento inequívoco por parte de los demás operadores jurídicos. A juicio del autor, esta situación de autoridad obedece a que la propia Carta Política le otorga a este tipo de tribunal la calidad de "supremo intérprete de la Constitución"[234]; y, adicionalmente, a que "su privilegiada posición les permitiría, en todo caso, anular cualquier interpretación diferente a la suya que otro operador jurídico quisiera hacer prosperar"[235].

Como quiera que sea, la Corte Constitucional se ha atribuido esta función a través del sistema de precedentes, el cual se analizará a continuación. Para tales efectos, se examinarán los antecedentes de esta figura, en qué consiste y cuáles son sus componentes, su clasificación y cómo se realiza el control respecto del precedente. Así mismo, se hará referencia a la doctrina constitucional integradora, la cual surge precisamente de este sistema, y se finalizará con un breve comentario sobre los precedentes en materia de tutela.

3.1.2.3.1. ANTECEDENTES DEL SISTEMA DE PRECEDENTES

El sistema de precedentes introducido por la Corte Constitucional representa una verdadera innovación en el esquema de fuentes del derecho colombiano, pues reconocerle fuerza vinculante a la jurisprudencia era algo típico

232 Lo cual es una afrenta absoluta a los postulados del positivismo, como se verá más adelante.
233 BERNAL PULIDO, ob. cit., p. 151.
234 En el caso colombiano, así lo establece el artículo 241 C.P.: "A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo".
235 GARRORENA MORALES, ob. cit., p. 82.

del *common law*. Sin embargo, durante la segunda mitad del siglo XX esta posibilidad jurídica se generalizó en los ordenamientos jurídicos europeos.

Cabe precisar que se trata de un tema de vinculación de jurisprudencia sustancialmente distinto al principio estadounidense denominado "*stare decisis*", cuyo significado en español podría ser: "estar a las cosas decididas"[236]. Por su parte, el *Black's Law Dictionary* contiene una mejor definición de este principio: "Es la doctrina del precedente, según la cual es necesario que la Corte siga decisiones judiciales anteriores cuando los mismos puntos del caso surgen de nuevo en un litigio"[237].

La jurisprudencia estadounidense ha establecido que el *stare decisis* vincula a los jueces cuando se cumplen las siguientes condiciones: (i) la decisión judicial a seguir es una opinión final en un asunto; (ii) el punto de derecho a seguir debe estar necesariamente decidido e incluido en la opinión del juez en el caso inicial[238], y (iii) la cuestión legal en la que el juez actual funda su decisión debe ser la misma, o sustancialmente similar a la que tuvo en cuenta el anterior[239].

No obstante, algunos autores, como LILE, matizan este principio en cuanto a las condiciones de su aplicación:

> La regla de la adhesión a los precedentes judiciales encuentra su expresión en la doctrina del *stare decisis*. Esta doctrina simplemente consiste en que cuando un punto o un principio de derecho ha sido decidido oficialmente o resuelto con la sentencia de un tribunal competente en un caso en que sea necesaria y directamente envuelto, ya no será considerada como abierta al examen o a un nuevo fallo por el mismo tribunal, o por aquellos que están obligados a seguir sus decisiones, a menos que se presenten razones urgentes y en casos excepcionales[240].

236 Existe una forma extensiva del término que vuelve más evidente su aplicación para la interpretación de precedentes legales: "*stare decisis et non quieta movere*", lo cual significa: "estar a las cosas decididas y no perturbar los puntos fijados".
237 *Black's Law Dictionary*, 8.ª ed., 2004.
238 Razón por la que la *obiter dicta* no tiene efecto *stare decisis*, como se verá con posterioridad.
239 Aunque la regla general es que las cortes están vinculadas a las decisiones previas de tribunales del mismo o de más alto rango, universalmente esto no es así. Por ejemplo, algunas cortes intermedias de apelación se consideran a sí mismas atadas a los fallos de sus equivalentes en diferentes jurisdicciones de Distrito del mismo Estado, mientras que otras no. Una discusión sobre esta condición adicional va más allá del ámbito introductorio de este trabajo.
240 LILE, W. M. *et al.* (1914). *Brief making and the use of law books*, 321 (3.ª ed.). Al respecto, BLACKSTONE afirmó: "Es una regla establecida de derecho que respeta los precedentes, en donde los mismos puntos surgen de nuevo en litigio; así se mantiene la balanza de la justicia uniforme

En el caso colombiano se aplicó la tendencia de la vinculación de jurisprudencia, propia del derecho continental europeo. Sin embargo, esta situación fue anterior a la generalización que se dio de la misma luego de la segunda posguerra, por cuanto se encontraba normativizada en el artículo 4.º de la Ley 19 de 1896, que subrogó el artículo 10.º de la Ley 153 de 1887. Esta disposición establecía que tres sentencias uniformes de la Corte Suprema de Justicia, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen "doctrina legal probable".

Sin embargo, la mencionada doctrina legal no tenía carácter de precedente obligatorio, pues se trataba tan solo de una fuente, que el juez "podía" utilizar como criterio de orientación para la solución de un nuevo caso[241]. Esta posibilidad sufrió profundos cambios con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, según se verá más adelante.

3.1.2.3.2. EL PRECEDENTE Y SUS CARACTERÍSTICAS

Las sentencias de la Corte Constitucional que analizan la exequibilidad de las leyes con respecto de las disposiciones de la Carta Política son documentos extensos y formales. Sin embargo, no todo el contenido de un fallo de esta índole tiene fuerza vinculante frente a los poderes públicos y los particulares, pues esta función la tiene el denominado "precedente". Se trata entonces de un caso especial de jurisprudencia en la que se concreta el alcance de una disposición constitucional, es decir, "en donde se explicita qué es aquello que la Constitución prohíbe, permite, ordena o habilita para un tipo concreto

y constantemente, y no vacilante con cada nueva opinión de los jueces; además, porque el derecho en el caso en que se declara una norma de forma solemne y debidamente determinada, lo que antes fue incierto ahora se convierte en una ley permanente, que no es susceptible de ser modificada por los sentimientos privados de un juez: él fue jurado para determinar, no de acuerdo con su propio juicio, sino acorde con el derecho conocido y la costumbre del territorio; no está delegado para pronunciar un nuevo derecho, sino para mantener y exponer el antiguo": BLACKSTONE, W. *Commentaries on the laws of England*, p. 69, disponible en: www.lonang.com/exlibris/blackstone/bla-430.htm, consulta realizada el 2 de septiembre de 2013.

241 BERNAL PULIDO, ob. cit., pp. 151 y 152; cfr., además, la evolución de la puesta en práctica de los conceptos *obiter dictum* y *ratio decidendi* –especialmente con lo indicado por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-047, ene. 29/99, M.P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ y ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO– en LÓPEZ MEDINA, *El derecho de los jueces*, cit., pp. 36 y 37.

de supuesto de hecho, a partir de una de sus indeterminadas y lapidarias cláusulas"[242].

Según explica la Corte, esta figura tiene como propósito reforzar la aplicación práctica del deber de igualdad en la adjudicación y reconocimiento por las autoridades de los derechos a las personas, a través del valor vinculante de ciertas decisiones judiciales para la solución de nuevos casos:

> Significa que la regla de decisión de algunas sentencias debe ser aplicada por los jueces y tribunales competentes a los casos posteriores que se apoyen en los mismos supuestos fácticos y jurídicos. En tal sentido, el precedente jurisprudencial aparece como un mecanismo realizador de la igualdad jurídica, pues los ciudadanos pueden contar con que el derecho ya reconocido a una persona habrá de serle concedido a otra u otras que se hallaren en la misma situación fáctica y jurídica inicialmente decidida[243].

La construcción del precedente obedece a tres características, las cuales son denominadas por la propia Corte Constitucional como *obiter dicta*, *ratio decidendi* y *decisum*[244].

a. '*OBITER DICTA*'

Desde el punto de vista lingüístico la doctrina define de dos maneras lo que puede traducir este concepto. Mientras para unos significa "dichos de paso"[245], para otros es "lo dicho gratuitamente"[246].

Obiter dicta son todos aquellos párrafos contenidos en una sentencia, por lo general teóricos, que permiten fundamentar la jurisprudencia sin que constituyan el trasfondo del asunto jurídico que se resuelve. Estos, por su naturaleza, no pueden revestir obligatoriedad, pues su papel es meramente argumentativo y, por ello, no son cruciales para resolver el caso[247]. No obs-

242 BERNAL PULIDO, ob. cit., pp. 153 y 154.

243 Corte Constitucional, Sentencia C-816, noviembre 1.º/2011, M.P.: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

244 Corte Constitucional, Sentencia SU-1300, diciembre 6/2001, M.P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

245 BERNAL PULIDO, *ob. cit.*, pp. 176 y177.

246 LÓPEZ MEDINA, *El derecho de los jueces*, cit., pp. 106 y 107.

247 "Aquí, de nuevo, la Corte ha buscado conceptos jurídicos más cercanos a la tradición nacional para expresar esta distinción entre *ratio* y *dicta*. En este esfuerzo, la Corte Constitucional, para atacar apartes incidentales de una sentencia que se pretenden hacer valer como precedente, ha

tante, para Bernal Pulido esta parte de la sentencia "dispone de una 'fuerza persuasiva' que depende del prestigio y jerarquía del tribunal, y constituye criterio auxiliar de interpretación"[248].

En la perspectiva operativa de la *obiter dicta* es posible verificar cómo las partes en una controversia podrán citar las afirmaciones analizadas por un tribunal para establecer que un asunto decidido se convierte en jurídicamente obligatorio. No obstante, la otra parte podrá controvertir estas afirmaciones señalando que solamente constituyen *dicta* y que, por ende, deben ser ignoradas por el juez al momento de fallar.

Sin embargo, advierte Lile, "no debe olvidarse que la *dicta* es efectiva y usualmente correcta, y que da una ocasional ilustración, o dice que la doctrina del caso no aplicaría a un asunto de naturaleza hipotética o no traza la historia de la tesis". Y agrega: "Aunque se considere que sus pasajes no son esenciales en la decisión del caso, es a menudo de gran ayuda para la profesión"[249].

b. 'Ratio decidendi'

Este término describe el razonamiento ubicado en la motivación de la sentencia y que le permite a la Corte Constitucional justificar su providencia[250]. En otras palabras consiste en la formulación general del principio, regla o razón general que fundamentará las razones jurídicas sobre las que se tomarán tanto la decisión judicial como la interpretación constitucional adecuada para el caso concreto y que, posteriormente, será aplicable a otros asuntos, basados en circunstancias idénticas[251].

hablado de cosa juzgada aparente. Este concepto cumple funciones similares al de *obiter dictum*: sirve para marcar ciertas consideraciones incidentales que no han congregado la atención explícita de la Corte en la decisión y que por tanto no pueden ser tenidas como obligatorias en casos futuros": ibíd. El *Black's Law Dictionary* define el término como: "Un comentario judicial hecho mientras se delibera una opinión judicial, pero que es innecesario para la decisión del caso y, por lo tanto, no constituye precedente (aunque puede ser considerado persuasivo)": *Black's Law Dictionary*, 8.ª ed., 2004.

248 Bernal Pulido, ob. cit., pp. 153 y 154 y 176 y 177.

249 Lile, W. M. *et al.* (1914). *Brief making and the use of law books*, 307 (3.ª ed.).

250 Bernal Pulido, ob. cit., pp. 153 y 154.

251 Corte Constitucional, Sentencia T-569, mayo 31/2001, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett. El *Black's Law Dictionary* contiene dos definiciones de *ratio decidendi*: (i) el principio de la regla de derecho con fundamento en la cual la Corte toma su decisión, y (ii) la regla de derecho en la cual un tribunal posterior "piensa" que una corte anterior fundó su decisión; una regla general

En efecto, los hechos relevantes del caso tienen una importancia decisoria, pues la futura aplicación de la jurisprudencia depende de la semejanza que estos tengan con los que configuren los casos posteriores que puedan ser resueltos bajo la misma óptica[252]. Por tal motivo, la *ratio decidendi* se constituye como el verdadero precedente judicial[253].

La propia Corte Constitucional ha establecido cuáles son los requisitos para que una argumentación constituya *ratio decidendi*[254]: (i) que establezca el principio general de la decisión tomada[255]; (ii) que guarde unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia[256], o (iii) que esté íntima e inescindiblemente unida con la parte resolutiva de la sentencia[257]. Si se cumple una de estas condiciones los efectos que producirá son vinculantes, por cuanto tendrá un carácter de "norma adscrita" o, como lo llama el alto tribunal, de "subregla", pues concretará las disposiciones constitucionales indeterminadas en prescripciones específicas, aplicables a los casos sometidos a su conocimiento. Por ello, se puede concluir que la "*ratio decidendi*" está formada por la enunciación de una norma jurídica general, y por la descripción de los hechos relevantes del respectivo proceso[258].

Sin embargo, no resulta fácil determinar cuándo se está en frente de una *ratio decidendi* en un fallo constitucional. Tal labor no le compete al juez o tribunal que profirió la decisión, sino que esta actividad le corresponde al juez del caso posterior, según lo ha indicado la propia Corte Constitucional[259]. "Es únicamente este juez el autorizado para interpretar las sentencias anteriores, identificar en ellas los precedentes, y, hacia el futuro, aplicarlos o modificarlos"[260]. Esta indeterminación resulta profundamente criticable, por cuanto va en contra de la seguridad jurídica, pues para cumplir con el

sin la cual el caso hubiera sido definido de manera diferente (*Black's Law Dictionary*, (8th ed. 2004)).

252 Bravo Arteaga, ob. cit., pp. 86 y 87.

253 Bernal Pulido, ob. cit., pp. 176 y 177.

254 López Medina. *El derecho de los jueces*, cit., pp. 106 y 107.

255 Corte Constitucional, Sentencia SU-047, enero 29/99, M.P.: Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

256 Corte Constitucional, Sentencia C-131, abril 1.°/93, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

257 Corte Constitucional, Sentencia C-038, febrero 5/93, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

258 Bravo Arteaga, ob. cit., pp. 86 y 87.

259 Corte Constitucional, Sentencia SU-047, enero 29/99, M.P.: Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

260 Bernal Pulido, ob. cit., pp. 179 y 180.

propósito de crear un verdadero esquema de precedentes el alto tribunal debería especificar cuál es su *ratio decidendi*, y no dejar esta tarea al arbitrio de intérpretes y operadores jurídicos[261].

Desde un punto de vista operativo podría afirmarse entonces que si un caso presenta los mismos hechos que un asunto anterior y es decidido con referencia a ese precedente, bastará una simple mención a esa cuestión anterior para que sea considerada como *ratio decidendi*.

C. 'DECISUM'

Esta característica de la jurisprudencia constitucional es definida por la Corte Constitucional como la resolución concreta del caso, es decir, la determinación de si la norma debe salir o no del ordenamiento jurídico en materia constitucional. Esta parte de la sentencia de constitucionalidad tiene alcance general, pues se trata del fallo o la solución para el caso concreto[262].

3.1.2.3.3. CLASIFICACIÓN DE LOS PRECEDENTES

La evolución del precedente conduce a concluir que la jurisprudencia puede vincular a la propia Corte Constitucional para resolver casos posteriores. En estos eventos, la doctrina considera que se trata de un "precedente horizontal". Al mismo tiempo, la *ratio decidendi* resulta obligatoria para los jueces de otras jurisdicciones, así como para los jueces inferiores e, incluso, respecto de los demás operadores jurídicos. A esto se le denomina "precedente vertical"[263].

3.1.2.3.4. EL CONTROL DEL RESPETO AL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

Al crear el sistema de precedentes, una de las preguntas más importantes que se hizo al interior de la Corte Constitucional fue cómo garantizar su

---

261 Un ejemplo de lo anterior será visto más adelante, cuando se explique el sistema de precedentes que ha querido imponer la Corte Constitucional respecto de los fallos de la jurisdicción ordinaria, en cabeza de la Corte Suprema de Justicia.

262 Bernal Pulido, ob. cit., pp. 176 y 177.

263 Ibíd., pp. 151 y 152; López Medina, *El derecho de los jueces*, cit., pp. 36 y 37.

cumplimiento por parte de las autoridades públicas y los particulares. En efecto, explica el alto tribunal: "en los regímenes jurídicos legatarios de la tradición continental europea como el nuestro, se controvierte el sistema de precedentes en el mismo sentido de la argumentación del demandante: oponiendo a la obligatoriedad de la jurisprudencia, el carácter auxiliar de la misma"[264].

A través de su paulatina jurisprudencia, el alto tribunal diseñó una estrategia basada en cuatro pilares para cumplir con este propósito: (i) la reiteración de jurisprudencia; (ii) la acción de tutela contra providencias judiciales; (iii) la anulación de sentencias de tutela dictadas por las salas de revisión de la propia Corte Constitucional, cuando no se observa la jurisprudencia de la misma corporación, y (iv) la excepción de inconstitucionalidad contenida en el artículo 4.º de la Constitución Política[265].

3.1.2.3.5. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL INTEGRADORA Y LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL INTERPRETATIVA

Una función de absoluta relevancia que cumple la jurisprudencia de la Corte Constitucional consiste en integrar las lagunas o vacíos que pueden existir en el ordenamiento jurídico. Según ha precisado la propia corporación, cuando ella encuentra este tipo de falencias en las normas sometidas a su conocimiento las subsana con su doctrina constitucional, la cual tiene como característica principal respetar los precedentes.

---

264 "En otras palabras, a la obligación judicial de aplicación del precedente jurisprudencial –en desarrollo del deber constitucional de adjudicación igualitaria del derecho–, se le enfrenta el principio también constitucional de la autonomía judicial frente a las decisiones precedentes, con base en el carácter auxiliar de la jurisprudencia y en el sólo sometimiento a la ley en el ejercicio de la función judicial prescrito en la Constitución": Corte Constitucional, Sentencia C-816, nov. 1.º/2011, M.P.: Mauricio González Cuervo.

265 Esta disposición señala que al existir incongruencia entre la Constitución y la ley u otra norma de inferior jerarquía, todo operador jurídico debe aplicar la primera y, correlativamente, inaplicar lo que la contradice. "Pues bien, como quiera que, según lo antes visto, el precedente constitucional es la Constitución misma, o dicho de una manera más sutil, es la concreción de aquello que la Constitución prescribe, también debe decirse que en caso de incompatibilidad entre el precedente constitucional y la ley u otra norma de inferior jerarquía deberá inaplicarse dicha norma y aplicarse, correlativamente, el precedente constitucional": Bernal Pulido, ob. cit., p. 187.

Se trata entonces de una modalidad de derecho legislado, que sirve para fundamentar la sentencia cuando el caso no está previsto por la normativa vigente. De esta manera, se garantiza el principio de seguridad jurídica, por cuanto lo dicho por la Corte resulta de obligatoria aplicación por los jueces de la República al resolver casos concretos, por ser ese alto tribunal el intérprete directo de la Carta Política[266].

Esta labor es diferente de la jurisprudencia constitucional interpretativa, que es aquella que analiza las disposiciones constitucionales. Según la Corte, esta doctrina constituye fuente auxiliar de aplicación facultativa por parte de los jueces en virtud de lo dispuesto por el artículo 230 C.P.[267]. En estos casos no se puede hablar de precedente constitucional, pues su carácter opcional excluye la fuerza vinculante[268].

3.1.2.3.6. SITUACIONES ESPECIALES EN MATERIA DE PRECEDENTES

En este apartado se verá cómo el precedente tiene aplicación práctica en cuanto a su aplicación respecto de asuntos particulares. En tal medida, se analizará la tutela como precedente, y la manera en que la jurisprudencia puede tener aplicación ultractiva, incluso cuando esta ha sido derogada[269].

a. LA TUTELA COMO PRECEDENTE

Para la Corte Constitucional, las sentencias de revisión de tutela también dan lugar a precedentes[270]. Esto es posible por cuanto su función de revisar las decisiones de los jueces tomadas bajo el ejercicio de la acción de tutela pretende la unificación nacional "de los criterios judiciales en la interpretación y aplicación de las normas constitucionales, precisando el alcance de los derechos fundamentales, trazando pautas acerca de la procedencia y

266 Corte Constitucional, Sentencia C-083, marzo 1.°/95, M.P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

267 Lo cual será objeto de análisis en páginas posteriores.

268 BERNAL PULIDO, ob. cit., p. 165.

269 Se trata de una decisión del Consejo de Estado, cuya jurisprudencia constituye precedentes, como se verá a continuación, y según se desprende de lo dicho por la Corte Constitucional. Sin embargo, se incluye en este numeral, con el propósito de facilitar el entendimiento de la figura.

270 Esta posibilidad quedó clarificada por el alto tribunal desde el año 1995. Cfr. Corte Constitucional, Sentencia. T-260, junio 20/95, M.P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

desarrollo del amparo como mecanismo de protección y efectividad de los mismos"[271].

b. APLICACIÓN ULTRACTIVA DE PRECEDENTES DEROGADOS

Una curiosa jurisprudencia fue proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado con ocasión de la decisión de un caso en el que un ciudadano exigió una indemnización por el daño que le ocasionó la mora en el pago de sus cesantías a través de la acción de reparación directa. Al momento de la presentación de la demanda, este era el mecanismo que el alto tribunal de lo contencioso administrativo precisaba válido para esos efectos. Sin embargo, la corporación cambió su posición al respecto, luego de casi trece años, señalando que las acciones procedentes en estos casos eran las de nulidad y restablecimiento del derecho, las ejecutivas, o que, incluso, se debía tramitar el correspondiente proceso ante la justicia ordinaria.

Fue así, como la corporación se vio enfrentada a dos alternativas: (i) declararse inhibida por el cambio de su jurisprudencia, o (ii) fallar de fondo, a pesar de que la vía judicial fuera diferente de la inicial. Esto por cuanto se trataba de un caso que la corporación podría haber resuelto de formas diferentes, y porque las pretensiones del demandante fracasaron por los cambios jurisprudenciales.

El Consejo de Estado optó por la segunda opción, basando su decisión en la teoría de la vigencia de los precedentes judiciales. De acuerdo con esta tesis, las cortes pueden aplicar un precedente derogado por cambio de jurisprudencia, si estaba vigente al momento de ser usado por el demandante. Es decir, los cambios de jurisprudencia no se pueden aplicar de forma retroactiva en perjuicio de los derechos de los ciudadanos, entre ellos el de obtener una decisión sustancial sobre sus pretensiones.

Sin embargo, la Sección aclaró que esta precisión "no implica que las cortes no puedan ajustar sus doctrinas de acuerdo con las circunstancias y modificar sus tesis. Por el contrario, los cambios siguen siendo totalmente legítimos, solo que los precedentes derogados deben aplicarse de forma

271 BERNAL PULIDO, ob. cit., p. 167.

ultractiva, cuando se trate de garantizar los derechos fundamentales de los demandantes"[272].

3.1.2.3.7. LA "FUERZA VINCULANTE" DE LA JURISPRUDENCIA DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES DE CIERRE JURISDICCIONAL Y LA SUPREMACÍA DE LOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Resulta interesante observar cómo la aplicación de los precedentes judiciales no solamente ha sido un asunto de carácter jurisprudencial, sino que actualmente ha quedado consagrada como mandato legal. Esta situación ha sido aprovechada por la jurisprudencia constitucional para aclarar la posición que ocupa la jurisprudencia de los tribunales de cierre –Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Consejo Superior de la Judicatura (Sala Disciplinaria)– dentro de la jerarquía de las fuentes del derecho.

Al analizar el artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA, Ley 1437/2011) y recordando su decisión al revisar la constitucionalidad del artículo 114 de la Ley de Descongestión Judicial (Ley 1395/2010)[273], normativas que obligan a los jueces, y a los servidores públicos, a aplicar los precedentes del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia, las disposiciones acusadas pasaron por alto la observancia de los de la Corte Constitucional, lo cual fue advertido por este alto tribunal[274].

Como ha sido precisado con anterioridad, tradicionalmente esta corporación ha impuesto la prevalencia de sus precedentes en materia de tutela, lo cual ha sido justificado bajo el argumento de vías de hecho. Sin embargo, al analizar la constitucionalidad del artículo 102 CPACA, la Corte le asignó el carácter de fuente primaria de derecho a la jurisprudencia de las altas cortes, en lugar de considerarla un simple criterio auxiliar[275]. No obstante, para ello utiliza la expresión "fuerza vinculante o normativa", y no es directa en

---

272 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 19957, mayo 4/11, C.P. RUTH STELLA CORREA.
273 Corte Constitucional, Sentencia C-539, julio 6/2011, M.P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.
274 Corte Constitucional, Sentencia C-816, noviembre 1.°/2011, M.P.: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.
275 Ibíd.

manifestar que se trata de una fuente material del derecho o que tiene el carácter de precedente[276].

En todo caso, el alto tribunal señala que la fuerza normativa de la doctrina dictada por las corporaciones de cierre jurisdiccional, en su condición de autoridades constitucionales de unificación jurisprudencial, vincula a los tribunales, jueces e, incluso, a sí mismas, por cuanto esta proviene fundamentalmente de cuatro razones[277]:

– La obligación de los jueces de aplicar la igualdad frente a la ley y de brindar igualdad de trato, por tratarse de autoridades de la República.

– La potestad otorgada constitucionalmente a las altas corporaciones como órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones, y el cometido de unificación jurisprudencial en el ámbito correspondiente de su actuación.

– El principio de la buena fe, entendida como la confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado.

– La necesidad de seguridad jurídica que tiene el ciudadano para la protección de sus derechos. Es decir, la llamada por la Corte "predictibilidad razonable de las decisiones judiciales en la resolución de conflictos", la cual se deriva de los principios de igualdad ante la ley, y de confianza legítima en la autoridad judicial.

De otra parte, del fallo de la Corte se desprende que las decisiones jurisprudenciales de otros órganos y autoridades judiciales son el verdadero criterio auxiliar de interpretación, señalado en el inciso 2.° del artículo 230 C.P., como se verá con posterioridad. De este modo, los jueces en sus providencias "sólo están sometidos al imperio de la ley".

---

276 Quizá utilice estos eufemismos con el fin de deshacerse de las críticas que pueden hacerse en su contra, por cuanto en un sistema democrático de creación jurídica los únicos que deberían poder crear fuentes de derecho deberían ser el constituyente y el legislador.
277 Lo cual ya había sido señalado por la Corte Constitucional en un fallo anterior, donde afirmó: "Reconocerle fuerza vinculante a la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, redunda en una mayor coherencia del sistema jurídico colombiano, lo cual no se contradice con imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos. De igual manera, la vinculatoriedad de los precedentes garantiza de mejor manera la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por cuanto casos semejantes son fallados de igual manera. Así mismo, la sumisión de los jueces ordinarios a los precedentes sentados por las Altas Cortes asegura una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares": Corte Constitucional, Sentencia C-335, 2008, M.P.: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Finalmente, al analizar los posibles conflictos que se pueden presentar entre los precedentes de los tribunales de cierre jurisprudencial, la corporación aclaró que sus decisiones priman sobre las de los demás, con fundamento en dos razones principales: (i) se trata del órgano de cierre de la jurisdicción constitucional[278], y (ii) la Corte Constitucional es el guardián de la "supremacía e integridad" de la Carta Política[279].

De esta manera, el alto tribunal determinó su condicionamiento en el entendido de que los precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, e incluso los de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, "deben respetar la interpretación vinculante que realice la Corte Constitucional, la cual es prevalente en materia de interpretación de los derechos fundamentales y de la Constitución en general".

3.1.2.3.8. LA "FUERZA VINCULANTE" DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN MATERIA MERCANTIL

Una vez precisada la condición que tienen las decisiones de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en materia comercial, en su calidad de organismo de cierre jurisdiccional, es necesario hacer una serie de consideraciones para determinar cómo sería su operatividad dentro del esquema de fuentes

278 "En cuanto órgano de cierre, el Tribunal Constitucional participa del mandato de unificación de la jurisprudencia en su jurisdicción –la constitucional–, de modo similar a lo reglado para la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura, en las jurisdicciones ordinaria, contenciosa administrativa y jurisdiccional disciplinaria, respectivamente. Tal unificación se realiza: (i) a través de la revisión de las decisiones judiciales que resuelven procesos surtidos en ejercicio de la acción de tutela interpuestas contra actuaciones administrativas y decisiones judiciales (C.P., art. 241.9), en desarrollo del control de constitucionalidad concreto; y (ii) mediante la competencia exclusiva de control constitucional abstracto de normas constitucionales y legales –en sentido material y formal–": ibíd.).

279 "En cuanto guardián de la Constitución, sus interpretaciones autorizadas de las disposiciones que la integran condicionan la actividad legislativa, administrativa y judicial. En Sentencia T-292 de 2006 la Corte afirma que el respeto al principio de la seguridad jurídica implica el respeto por las normas superiores y la unidad y armonía de las demás normas con éstas. La Corte Constitucional en la Sentencia C-292 de 2006, expresó: 'Al ser [la Corte] la responsable de mantener la integridad y supremacía de la norma superior, sus determinaciones resultan ser fuente de derecho para las autoridades y particulares, cuando a través de sus competencias constitucionales establece interpretaciones vinculantes de los preceptos de la Carta'": ibíd.).

mercantil. Como quedó previamente señalado, su posición en la jerarquía de fuentes general del artículo 230 C.P. es de fuente auxiliar. No obstante, también es claro que la Corte Constitucional les dio fuerza vinculante a sus decisiones con el argumento de que los particulares deben ser tratados de manera igual por las autoridades judiciales[280].

Esta posición viene de tiempo atrás, y fue tomada a partir del análisis efectuado al artículo 4.º de la Ley 169 de 1896, que señala: "Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores".

Al declarar exequible la disposición mencionada, la Corte Constitucional señaló que esta se ajusta a la Carta Política "siempre y cuando se entienda que la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación, y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión"[281].

Por ello, esta decisión se constituye como el origen del sistema de precedentes en la jurisdicción ordinaria establecido por el intérprete directo de la Constitución en Colombia, como lo es la Corte Constitucional, aunque esta corporación utilice la expresión "fuerza vinculante". De allí que tal postura fuera recogida por el legislador, quien la reguló expresamente en el inciso 2.º del artículo 7.º del Código General del Proceso (CGP) –legalidad–, en los siguientes términos: "Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos

280 Cabe recordar que, en materia jurisdiccional, Colombia no dispone de una competencia judicial en materia mercantil. Por tal motivo, el tribunal de casación respecto de los asuntos comerciales es la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

281 Corte Constitucional, Sentencia C-836, agosto 9/2001, M.P.: RODRIGO ESCOBAR GIL. Véase el importante análisis de BERNAL PULIDO acerca de los cuatro supuestos que plantea la Corte Constitucional respecto de la fuerza vinculante que existe para los jueces ordinarios en lo que concierne a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Al efecto, el autor señala: "Estos cuatro supuestos pueden ser aplicados tanto por las altas cortes como por los jueces de inferior jerarquía para fundamentar la inaplicación o el cambio en la jurisprudencia anterior. Como es evidente, si el cambio se produce en una alta corte, y se consolida como doctrina probable (tres decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho), será entonces de obligatorio cumplimiento por los jueces de inferior jerarquía. Si, por el contrario, es un juez inferior el que se aparta de la jurisprudencia de la alta corte, esta podrá avalar o refutar lo argumentado por el juez inferior, mediante los recursos de casación y súplica": BERNAL PULIDO, ob. cit., p. 167.

que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos"[282].

Por todos estos motivos, Bravo Arteaga explica que el sistema de precedentes aplicable a la jurisprudencia constitucional, el cual quedó explicado previamente, lo es asimismo a la jurisprudencia ordinaria en virtud de los principios de igualdad y de seguridad jurídica. En efecto, los precedentes judiciales se deben respetar tanto en su sentido horizontal[283] como en el vertical[284]. "En el primer sentido, los tribunales y jueces deben respetar sus

282 Una posición similar es asumida por Larroumet, quien frente al esquema de precedentes explica: "es solo en casos similares que una jurisdicción está obligada por lo que ella ha decidido en un asunto anterior o por lo que ha sido decidido por una jurisdicción superior. Si hay una diferencia en el caso específico, no hay ya obligación de respetar la decisión anterior. Esto acarrea un desarrollo muy acelerado de esta casuística jurídica que consiste en distinguir los casos específicos, unos de otros (case law)": Larroumet, ob. cit., pp. 182 y 183.

283 "El respeto a los precedentes cumple funciones esenciales en los ordenamientos jurídicos, incluso en los sistemas de derecho legislado como el colombiano. Por ello, tal y como esta Corte lo ha señalado, todo tribunal, y en especial el juez constitucional, debe ser consistente con sus decisiones previas, al menos por cuatro razones de gran importancia constitucional. En primer término, por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles. En segundo término, y directamente ligado a lo anterior, esta seguridad jurídica es básica para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades. En tercer término, en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Y, finalmente, como un mecanismo de control de la propia actividad judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos. Por todo lo anterior, es natural que en un Estado de derecho, los ciudadanos esperen de sus jueces que sigan interpretando las normas de la misma manera, por lo cual resulta válido exigirle un respeto por sus decisiones previas": Corte Constitucional, Sentencia SU-047, ene. 29/99, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

284 "Con todo, podría afirmarse que las decisiones de la Corte Suprema no vinculan a los jueces inferiores, pues se trata de autoridades judiciales que ejercen sus funciones de manera autónoma. Según tal interpretación, las decisiones de dicha Corporación no podrían ser consideradas 'actos propios' de los jueces inferiores, y estos no estarían obligados a respetarlos. Ello no es así, pues la administración de justicia, y en general todo el funcionamiento de los órganos estatales está determinado por el tipo de Estado al que pertenecen. El artículo 1.° de la Constitución establece que nuestro país es un 'Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria'. Esta forma de organización implica la unidad del ordenamiento jurídico, que se vería desdibujada si se acepta que la autonomía judicial implica la facultad de interpretar el ordenamiento sin tener en

propias decisiones y continuar aplicando, por regla general, la jurisprudencia que ha creado. En sentido vertical, los magistrados y jueces inferiores deben aplicar la jurisprudencia creada por sus superiores"[285].

Otras disposiciones que deben ser tenidas en cuenta para precisar la validez como fuente de derecho de la jurisprudencia ordinaria son las contenidas en los artículos 17[286] y 25[287] C.C. La primera de estas normas se refiere a la fuerza obligatoria de las sentencias, la cual se predica exclusivamente de las causas en que fueron pronunciadas, y se prohíbe a los jueces disponer en ellas de manera general o reglamentaria. La segunda, por su parte, indica cómo debe hacerse la interpretación de una ley oscura, labor que se fija en cabeza del legislador. Respecto de esta última, la Corte Constitucional declaró inexequibles las expresiones "con autoridad" y "solo", con las cuales se designaba este tipo de interpretación y la competencia que se le daba al Congreso para ser la única entidad estatal encargada de fijar el sentido de la ley oscura[288].

Al analizar estas dos normas, la Corte Constitucional comparó la fuerza vinculante y el alcance que tiene la jurisprudencia ordinaria con sus decisiones. Fue así como el alto tribunal indicó:

> [L]a Corte Constitucional es también órgano 'límite' de interpretación legal, pues de las condiciones estructurales de su funcionamiento, en el control de constitucionalidad de la ley, es perfectamente posible que la cosa juzgada constitucional incluya el sentido constitucionalmente autorizado de la ley oscura. En efecto, a pesar de que[,] si bien es cierto, de acuerdo con lo regulado en el Título VIII de la

cuenta la interpretación que haga la cabeza de la respectiva jurisdicción. La consagración constitucional de una estructura jurisdiccional que, aun cuando desconcentrada, es funcionalmente jerárquica, implica que, si bien los jueces tienen competencias específicas asignadas, dentro de la jerarquía habrá –en principio– un juez superior encargado de conocer las decisiones de los inferiores. En la justicia ordinaria dicha estructura tiene a la Corte Suprema en la cabeza, y eso significa que ella es la encargada de establecer la interpretación que se debe dar al ordenamiento dentro de su respectiva jurisdicción, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución": Corte Constitucional, Sentencia C-083, marzo 1.°/95, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

285 Bravo Arteaga, ob. cit., p. 84.

286 "Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria".

287 "La interpretación que se hace ~~con autoridad~~ para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, ~~sólo~~ corresponde al legislador": el texto tachado es del original).

288 Corte Constitucional, Sentencia C-820, octubre 4/2006, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Constitución, la administración de justicia se organiza a partir de la separación de jurisdicciones y, por ello, corresponde a los jueces ordinarios la interpretación de la ley[,] y [...] a la Corte Constitucional la interpretación última de la Constitución, no es menos cierto que hace parte de la esencia de la función atribuida a esta última el entendimiento racional, lógico y práctico de la ley cuyo control de constitucionalidad debe ejercer.

Y agregó:

En consecuencia, se reitera que, a pesar de que, por regla general, no corresponde a la Corte Constitucional determinar el sentido de las disposiciones legales, porque ello es propio de los jueces ordinarios, en algunos casos, la Corte no sólo "debe intervenir en debates hermenéuticos sobre el alcance de las disposiciones sometidas a control", sino que, además, debe fijar la interpretación legal que resulta autorizada constitucionalmente, esto es, señala la forma como debe interpretarse la ley y como no debe hacerse (...). Las sentencias de la Corte Constitucional que señalan la interpretación constitucionalmente autorizada de la ley, son obligatorias y resultan vinculantes de manera general[289].

Previamente se indicó que el sistema de precedentes judiciales encuentra resistencia entre los iusprivatistas[290]. Sin embargo, este no es su principal problema, sino que existe una situación que puede generar mayores incon-

289 Corte Constitucional, Sentencia C-820, octubre 4/2006, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

290 Como se indicó en un apartado anterior de este escrito, el sistema establecido por la Corte Constitucional tiene múltiples detractores, cuyos argumentos son bastante serios y se encuentran fundamentados con importantes e interesantes tesis. Por ejemplo, el fallo transcrito es cuestionado por Mantilla Espinosa, con base en dos consideraciones: (i) porque a su juicio no existe conflicto normativo alguno, ya que el artículo 25 es concordante con el artículo 230 C.P. que establece: "los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial", y (ii) por cuanto la decisión de la Corte Constitucional contradice directamente lo establecido por el artículo 17 C.C. ya mencionado, el cual fue igualmente declarado por esa corporación conforme con la Carta Política. Esta disposición fue encontrada exequible condicionalmente bajo el entendido de que no impide la existencia de efectos *erga omnes* y extensivos de las sentencias que deciden las acciones constitucionales (cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-461, jul. 17/2013, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla). En consecuencia, el autor afirma que al ser los artículos 17 y 25 válidos desde la óptica constitucional, la Constitución no consagra ninguna norma que le confiera el carácter obligatorio a las reglas creadas por la Corte Constitucional en materia de derecho privado: cfr. Mantilla Espinosa, ob. cit., pp. 558 y 559.

venientes, para el caso, la confusión que puede generar su aplicación entre los operadores de esta área del derecho.

Así lo advierte Uprimny, al referirse a una decisión de la Corte Suprema de Justicia en la que se analizó la denominada "cesantía comercial", contenida en el inciso 1.º del artículo 1324 C.Co.[291], según el cual: "El contrato de agencia termina por las mismas causas del mandato, y a su terminación el agente tendrá derecho a que el empresario le pague una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor".

Con anterioridad, la doctrina del máximo tribunal de la justicia ordinaria indicaba que la mencionada prestación correspondía a una norma imperativa, razón por la que no les era dable a las partes modificarla o renunciar a ella, en ninguna etapa del contrato. Fue así como la nueva decisión señaló que las partes pueden modificar o excluir esa prestación en cualquier momento del contrato de agencia comercial, con lo cual se varió completamente la posición previa.

Sin referirse a la regulación específica de la figura, tal vez por no tratarse de un área de su experticia, el autor se pregunta: "¿En qué medida, desde el punto de vista constitucional, esa decisión puede ser considerada o no un precedente judicial, con la fuerza vinculante que podría tener para los otros jueces civiles por emanar de la Corte Suprema de Justicia?". A su juicio, la decisión del caso no requería de un cambio de posición doctrinaria por cuanto de los hechos de la demanda resultaba evidente que el demandante tenía derecho a la prestación indicada por la ley.

Del análisis del proceso, Uprimny señala que la rectificación doctrinaria realmente constituye un "*obiter dictum*" y no la "*ratio decidendi*" del fallo, "pues no representa el principio o regla de derecho que sustentó en forma directa la parte resolutiva". Así, indica el tratadista: "en la teoría del precedente judicial, solo la *ratio decidendi* goza de alguna fuerza vinculante,

291 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia 11001-3103-032-2001-00847-01, octubre 19/2011, M.P.: William Namén Vargas. Véase Uprimny, R. (2012, marzo 14). "¿Es precedente judicial la nueva teoría de la 'cesantía comercial' de la Corte Suprema?", *Ámbito Jurídico*, disponible en: www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120314-12(es_precedente_judicial_la_nueva_teoria_de_la_%E2%80%9Ccesant)/noti-120314-12(es_precedente_judicial_la_nueva_teoria_de_la_%E2%80%9Ccesant).asp, consulta realizada el 28 de agosto de 2013.

mientras que los *obiter dicta* tienen una fuerza meramente persuasiva". Lo anterior lo justifica con base en tres razones teóricas y prácticas:

– El respeto del precedente se funda en gran medida en el principio de igualdad, pues la regla que es la base real de la decisión es la única que debe tener fuerza respecto de los otros jueces. "Si una decisión posterior no acepta un *obiter dictum* de una sentencia previa, no hay violación de la igualdad, ya que esa consideración no incidió directamente en la parte resolutiva del primer caso. Por el contrario, si el juez posterior ignora la *ratio decidendi* del caso anterior, entonces puede configurarse una vulneración de la igualdad, por cuanto dos asuntos iguales podrían ser decididos en forma diversa".

– En todos los casos los jueces deben llenar los vacíos normativos, solucionar conflictos entre las normas o determinar si una regla dudosa es o no aplicable, con lo cual siempre crearán derecho. No obstante, esto solo les es posible al resolver casos concretos, por cuanto si formulan el derecho de forma abstracta se rompería el principio democrático, convirtiéndose en legisladores. "Por ello únicamente aquella regla jurisprudencial directamente ligada a la solución del caso, esto es, la *ratio decidendi*, puede aspirar a convertirse en un precedente vinculante".

– La creación judicial de derecho le permite al ordenamiento jurídico evolucionar inductivamente, a partir de la experiencia concreta. "Por ello solo puede aspirar a tener fuerza vinculante la *ratio decidendi*, ya que esa regla jurisprudencial fue la que verdaderamente tuvo un examen intenso en el debate judicial, en la medida que de ella dependía el sentido de la parte resolutiva".

Es así como el autor concluye que no es posible afirmar que la rectificación doctrinaria sobre la cesantía comercial en la jurisprudencia mencionada sea en sentido estricto un precedente judicial, sino que configura un *obiter dictum*. Por naturaleza, este no es vinculante, a pesar de tener una gran fuerza persuasiva, al provenir de una sólida argumentación contenida en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia.

Como se aprecia, aún quedan muchas líneas por escribir sobre la teoría del precedente en la jurisprudencia ordinaria. Su implementación todavía requiere de mucha explicación teórica y práctica por parte de los jueces y de la doctrina, de manera que realmente se afiance dentro del esquema constitucional propuesto por la Carta Política y su intérprete directo, la Corte Constitucional. Mientras estas deficiencias no queden cubiertas y se suplan correctamente sus imprecisiones y vacíos, sus detractores tendrán el suficiente caldo de cultivo para atacar el sistema con argumentaciones sólidas que impiden el desarrollo del derecho colombiano.

Adicionalmente, cabe preguntarse en este punto: cuando el Consejo de Estado tiene en cuenta la interpretación que hace de la ley mercantil para solucionar asuntos sometidos a su consideración y fija en ellos sus posiciones propias, consideradas para tales fines como *ratio decidendi*, creando a partir de ellas precedentes, ¿cómo se solucionan conflictos en los cuales estas decisiones sean contrarias a las líneas jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia? Al ser, los dos, órganos de cierre, y no existir constitucionalmente la definición de una jerarquía entre los altos tribunales, pueden presentarse fallos contrarios, con lo cual se podrían generar los denominados "choques de trenes", con las consecuencias institucionales que conllevan.

Quizá, la solución pueda estar dada por la propia Corte Constitucional, pues en aras de garantizar el derecho a la igualdad sería posible litigar esta circunstancia a través de la acción de tutela, y que sea esta corporación la que termine imponiendo su criterio, de acuerdo con su posición preferente en materia de precedentes, y al considerarse ella misma como el guardián supremo de la Norma Fundamental.

3.1.2.3.9. EL DESCONOCIMIENTO O PÉRDIDA DE VALIDEZ DEL PRECEDENTE Y LA POSIBILIDAD DEL APARTAMIENTO JUDICIAL

Si el derecho es cambiante, el precedente judicial no puede ser siempre igual, frente a casos que con el tiempo pueden mutar de conformidad con la realidad fáctica. Por ello, como lo indica BRAVO ARTEAGA: "La fuerza vinculante del precedente judicial no puede ser absoluta, pues no se puede 'sacralizar' el precedente"[292]. Es decir, bajo determinadas circunstancias, tanto la misma autoridad que ha originado la jurisprudencia vinculante, como los jueces inferiores, pueden apartarse de lo decidido en fallos anteriores.

Siguiendo al autor, las circunstancias que hacen posible la adopción de decisiones judiciales contrarias a los precedentes son las siguientes[293]:

---

292 BRAVO ARTEAGA, ob. cit., pp. 87 y 88.
293 Ibíd.

– Si la norma legal aplicada anteriormente ha variado, debido a un tránsito constitucional o legal relevante, los fallos posteriores deben fundarse en la nueva preceptiva.

– Cuando el ordenamiento jurídico vigente se analice desde una perspectiva más amplia y armónica, las consideraciones formuladas en el precedente sobre determinación de la norma aplicable o su interpretación admiten su modificación. Esto sucede cuando sea contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en que se fundamenta el ordenamiento jurídico.

– El juez puede ponderar de forma distinta los valores y principios contenidos en el ordenamiento jurídico de conformidad con la realidad social cambiante.

– Si en la jurisprudencia anterior existe contradicción o ambigüedad, el fallador debe hacer explícita la diversidad de criterios y tomar las decisiones que interpreten de la mejor manera el imperio de la ley.

Es así como el autor precisa que cuando el juez opte por cambiar la jurisprudencia existente, deberá desarrollar una argumentación que permita establecer que no se ha desconocido arbitrariamente el principio de igualdad[294]. En estos casos, se habla de apartamiento judicial del precedente, figura que consiste en la potestad que tienen los jueces de desconocer la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de cierre como expresión de su autonomía judicial constitucional. Según la Corte Constitucional, esta posibilidad "supone un previo cumplimiento del estricto deber de consideración del precedente en la decisión, ya que la jurisprudencia de las altas corporaciones judiciales de cierre no puede ser sencillamente ignorada frente a situaciones similares a las falladas en ella". De ahí que la corporación precise que para que este apartamiento judicial opere se requiere de un proceso de

294 Ibíd. Al respecto ha dicho la Corte Constitucional: "Si bien sólo la doctrina constitucional de la Corte Constitucional tiene el carácter de fuente obligatoria, es importante considerar que a través de la jurisprudencia –criterio auxiliar de la actividad judicial– de los altos órganos jurisdiccionales, por la vía de la unificación doctrinal, se realiza el principio de igualdad. Luego, sin perjuicio de que esta jurisprudencia conserve su atributo de criterio auxiliar, es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues, de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad": Corte Constitucional, Sentencia T-123, marzo 21/95, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

contraargumentación que explique las razones del porqué del apartamiento por alguna de las siguientes tres razones[295]:

– Ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto.

– Desacuerdo con las interpretaciones normativas realizadas en la decisión precedente.

– Discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial.

3.1.3. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

En el desarrollo de sus actividades, los particulares tienen intereses en satisfacer sus diferentes clases de necesidades, lo cual se consigue, principalmente, gracias a su interacción dentro de un esquema económico-social. Es así como, desde épocas inmemoriales y en una perspectiva eminentemente jurídica, las manifestaciones de voluntad de las partes encaminadas a cumplir con este propósito resultan obligatorias para ellas, en virtud del principio conforme al cual lo pactado debe cumplirse –*pacta sunt servanda*–[296]. Por tal motivo, los códigos civiles establecen que el contrato legalmente celebrado se constituye como ley para los contratantes "y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales"[297].

Siguiendo a Messineo, la libertad contractual puede revestir varias formas[298]:

295 Corte Constitucional, Sentencia C-816, noviembre 1.º/2013, M.P.: Mauricio González Cuervo.

296 Al referirse a la autonomía privada, Hinestrosa Forero explica que esta puede manifestarse de múltiples formas: "Háblese de convención, o de contrato, o más genéricamente de acto jurídico, o con mayor rigor y similar amplitud, de negocio jurídico, o como tradicionalmente se solió hacer, de 'declaración de voluntad', con empleo del giro con el cual se introdujo a la doctrina la locución 'negocio jurídico', de lo que se trata y aquello que está en juego es la autonomía privada, que ciertamente presupone un sistema político y económico que reconozca la iniciativa particular": Hinestrosa Forero, F. (2013). "Autonomía privada y tipicidad contractual", *Revista de Derecho Privado* n.º 24, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 4 y 5.

297 Art. 1602 C.C. Messineo diferencia entre los conceptos de libertad contractual y de libertad de contratar. Por el primero entiende la preparación unilateral de cláusulas, o la sujeción de las partes a las normas legales imperativas, o la prohibición de concluir contratos innominados; por el segundo, en cambio, la libertad o no de estipular: cfr. Messineo, F. (1947). *Doctrina general del contrato*, t. i, Ejea y Bosch, Buenos Aires, pp. 18 y 19.

298 Ibíd., pp. 16 y 17.

– Ninguna de las partes puede imponer unilateralmente a la otra el contenido del contrato, y este debe ser el resultado del libre debate entre ellas.

– El contenido del contrato puede ser fijado por las partes a su voluntad. Es decir, se autoriza la autodeterminación de cada una de las cláusulas concretas contractuales.

– Las partes pueden derogar las normas dispositivas o supletorias en los contratos nominados singulares y sustituirlas con un régimen diverso fijado por ellas, diferente del legal.

– Existe una autodisciplina consistente en que son las partes las que se autorregulan en ciertas materias derivadas del contrato.

– Respecto de los contratos innominados, las partes pueden concluirlos con finalidades prácticas no previstas en la ley, con la condición de que se dirijan a realizar intereses merecedores de protección, según el ordenamiento jurídico.

La creatividad que tienen los comerciantes para modificar su realidad mercantil a través de nuevas formas y figuras contractuales no podía estar ausente en las fuentes del derecho[299]. Es así como el artículo 4.° C.Co. señala: "Las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles".

Como se aprecia, la norma es tajante en precisar que tales manifestaciones de voluntad se encuentran subordinadas y deben estar conformes con las normas legales imperativas y dispositivas por vía principal, pues carecen de fuerza obligatoria frente a ellas[300]. Al mismo tiempo, priman frente a las normas supletivas, pues estas solamente operarán a falta de estipulaciones

---

299 "La autonomía –como actividad y potestad de autorregulación de intereses y relaciones propias, desplegada por el mismo titular de ellas– puede ser reconocida por el orden jurídico estatal en dos distintas y diversas funciones. a) Puede ser reconocida como fuente de normas jurídicas destinadas a formar parte del mismo orden jurídico que la reconoce. b) Puede, también, ser reconocida como presupuesto y fuente generadora de relaciones jurídicas ya disciplinadas, en abstracto y en general, por las normas del orden jurídico (...). Esta autonomía es reconocida por el orden jurídico, en el campo del derecho privado, exclusivamente en la segunda de las funciones citadas. Es decir, como actividad y potestad creadora, modificadora o extintiva, de relaciones jurídicas entre individuo e individuo; relaciones cuya vida y vicisitudes están ya disciplinadas por normas jurídicas existentes": BETTI, E. (2010). *Teoría general del negocio jurídico*, trad. A. Martín PÉREZ, Comares, Granada, pp. 51 y 52. Cfr. GEBHARDT y GERSOVICH, ob. cit., p. 99.

300 Véase, además, MESSINEO, ob. cit., p. 18. Según PINZÓN, la autonomía de la voluntad encuentra límites adicionales, como lo son la regulación de los contratos más comunes y el orden público jurídico: cfr. PINZÓN, ob. cit., pp. 95 y 96.

contractuales[301]. No obstante, para que esto resulte plenamente válido, la celebración de estos pactos deberá confluir en un marco jurídico donde se garantice la buena fe propia de los negocios, la cual se manifiesta, en principio, en el respeto a la palabra dada. Por ello, BETTI explica que el derecho "no hace otra cosa que reconocer, en vista de su función socialmente trascedente, aquel vínculo que, según la conciencia social, los mismos particulares ya por adelantado, sentían haber contraído en las relaciones entre sí"[302].

En consecuencia, el contrato legalmente celebrado se convierte en una ley especialísima aplicable exclusivamente y de forma limitada a las partes, convirtiendo en verdaderos colegisladores a quienes manifiestan su voluntad, como indica con acierto PINZÓN. Por ello, el autor afirma que solo "el acuerdo de los contratantes mismos puede derogar o reformar esa 'ley' especialísima dictada por ellos y para ellos"[303].

¿Cómo se expresa entonces la voluntad, desde un punto de vista estrictamente jurídico? Siguiendo a HINESTROSA FORERO, son dos los elementos que se deben tener en cuenta para que esto sea posible: (i) los *essentialia negotia*: las condiciones sin las cuales no existiría la figura determinada, y (ii) los *naturalia negotia*: las normas supletorias de la ley, de la costumbre o de los usos particulares o singulares, así como de la equidad, que las partes deciden tener en cuenta en sus contratos o que, por el contrario, son expresamente renunciadas por ellas y reguladas en términos distintos, los cuales serán los que efectivamente regirán sus conductas[304].

En otras palabras, si las partes acuden al texto exacto de una norma imperativa o supletiva o a la costumbre para regular su convenio, realmente no están creando una regla de derecho. Sin embargo, cuando ellas utilizan su creatividad para expresar la manera como se deberá desarrollar el contrato, a través de cláusulas fijadas por ellas, "se está en presencia de una regla de

---

301 "Porque, en cuanto no se lesione o quebrante el orden regulado o protegido con las normas imperativas de la ley, los comerciantes mismos son los mejores árbitros de sus intereses y, consiguientemente, los que pueden dictar en las mejores condiciones las reglas de conducta, particular destinadas a regir las relaciones creadas por ellos en ejercicio de la libertad contractual que palpita en todo el derecho vigente": PINZÓN, ob. cit., p. 93.

302 BETTI, ob. cit., p. 47.

303 PINZÓN, ob. cit., p. 94.

304 HINESTROSA FORERO, ob. cit., p. 12.

conducta obligatoria y que es tan así, que de no ser respetada, habrá una sanción"[305].

Cabe precisar que no siempre la autonomía de la voluntad ha sido la misma, ni ha tenido idénticas características, según refieren GEBHARDT y GERSOCIVH. En el derecho decimonónico esta se centraba en las declaraciones de voluntad donde confluían las relaciones individuales de las partes, teniendo en cuenta la regulación de la estructura fundamental del contrato como fuente de las obligaciones.

Posteriormente, se transformó en una relación de consumo, basada en un desequilibrio contractual, teniendo en cuenta que hay una parte fuerte desde lo económico y lo jurídico, llamada proveedor, y otra débil, a quien se denomina consumidor[306]. Al respecto, los autores precisan que esta evolución fue posible al surgir la contratación en masa, destinada a "un mercado de consumidores no diferenciados, sino igualados y sin posibilidad de discutir las cláusulas contractuales, para arribar a los contratos por adhesión y otras especies, contratos marco, normativos, en formularios, etc."[307].

3.1.4. LA ANALOGÍA DE LA LEY MERCANTIL

Como quedó mencionado previamente, el positivismo jurídico fundamentó la construcción del derecho en la ley. Por tal motivo, dentro de una postura radical, el operador debe encontrar en las reglas todas las respuestas a cualquier clase de inquietud o caso que se pueda presentar.

No obstante, ha quedado claro que el legislador no tiene la posibilidad de prever todas y cada una de las situaciones que se pueden presentar en el desarrollo de las actividades de los asociados, para que estas queden debidamente reguladas en normas. Esta labor sería titánica, y resultaría prácticamente imposible por la diversidad de relaciones y de situaciones que

305 LARROUMET, ob. cit., p. 124.
306 GEBHARDT y GERSOVICH, ob. cit., pp. 99-103.
307 Ibíd., pp. 101 y 102. A juicio de los autores, este tipo de contratación tiene las siguientes características: (i) contribuye al ocaso de la voluntad contractual; (ii) reduce costos y masifica la operación; (iii) en lo formal, se genera una estandarización, a través de contratos tipo y formularios que multiplican o reproducen a los singulares, y (iv) en lo sustancial, se diferencia entre contratos paritarios y contratos de consumo.

dependerían de circunstancias económicas, históricas, sociales, naturales, políticas e, incluso, jurídicas[308].

En consecuencia, si el sistema legal es elaborado por seres humanos, claramente este resulta imperfecto, pues puede contener problemas como lagunas, deficiencias, vacíos e insuficiencias en las normas, por cuanto el supuesto de hecho de la regla no coincide con lo requerido[309]. Es allí donde aparece la analogía como una solución legal o técnico-jurídica, y capaz de brindar una correcta y acertada respuesta construida dentro del propio ordenamiento para corregir estos inconvenientes[310].

3.1.4.1. CONCEPTUALIZACIÓN

Según explica VALENCIA RESTREPO, el concepto de analogía tiene su origen en el griego *paradigma* y en el latín *exemplum*, entendiéndose desde la lógica como un raciocinio que va de lo particular a lo particular coordinado[311]. En el derecho debe entenderse esta figura como un procedimiento de integración, por el cual, ante la ausencia de una norma directamente aplicable a un caso específico, el juzgador recurre a una o varias normas creadas para casos similares contenidas en el ordenamiento jurídico que brinde una respuesta inmediata que permita su resolución, teniendo en cuenta que se creará una nueva norma para ese evento en especial[312].

308 "Dadas las falencias del sistema su aplicación conllevaría a [*sic*] obligar a los jueces a lo imposible: solucionar los casos mediante sentencias fundadas en normas que no existen. Así, los jueces tendrían prohibido abstenerse de juzgar, estarían obligados a juzgar conforme a derecho y, además, les estaría prohibido modificar el derecho. Esto implica una contradicción flagrante": GARCÍA MÁYNEZ, E. (1999). *Lógica del raciocinio jurídico*, Fontamara, México, p. 158.
309 VALENCIA RESTREPO. *Nomoárquica, principialística jurídica o los principios generales del derecho*, cit., pp. 333 y 334; GARCÍA MÁYNEZ. *Lógica del raciocinio jurídico*, cit., p. 158.
310 "La analogía no constituye una fuente autónoma, diferente de la legislación. El juez que acude a ella no hace nada distinto de atenerse al imperio de la ley. Su consagración en la disposición que se examina resulta, pues, a tono con el artículo 230 de la Constitución": Corte Constitucional, Sentencia C-083, marzo 1.°/95, M.P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ. Cfr. PINZÓN, ob. cit., p. 87.
311 En el *Organon*, Aristóteles explicó esta figura así: "La guerra de los focenses contra los tebanos es mala. La guerra de los atenientes contra los tebanos es similar a la guerra de los focenses contra los tebanos. La guerra de los atenienses contra los tebanos es mala": ARISTÓTELES (1987). *Tratados de lógica, El Organon. Primeros analíticos (el silogismo)*, II, Porrúa, México, p. 24. Cfr. VALENCIA RESTREPO, *Nomoárquica, principialística jurídica o los principios generales del derecho*, cit., pp. 337 y 338.
312 VALENCIA RESTREPO explica de manera concreta cómo opera este sistema: "en la analogía se crea de una o varias normas, que regulan uno o varios casos previstos, una norma que va a regular

En palabras de García Máynez, la analogía consiste "en atribuir a situaciones prácticamente iguales –una prevista y otra no prevista–, las consecuencias que señala la norma aplicable al caso previsto. Ello equivale a formular una nueva norma cuyo supuesto expresa en abstracto las características de ambos casos, si bien entre uno y otro solo hay igualdad parcial. De ello se infiere que no debe hablarse de aplicación analógica de un precepto a un caso no previsto, sino de creación o formulación analógica de una norma nueva, cuya disposición es idéntica a la de aquel precepto, pero cuyos supuestos son solo semejantes"[313].

Por su parte, la Corte Constitucional ha definido esta figura como

> ... la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la *ratio juris* o razón de ser de la norma. La consagración positiva de la analogía halla su justificación en el principio de igualdad, base a la vez de la justicia, pues, en función de ésta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual. Discernir los aspectos relevantes de los irrelevantes implica, desde luego, un esfuerzo interpretativo que en nada difiere del que ordinariamente tiene que realizar el juez para determinar si un caso particular es o no subsumible en una norma de carácter general[314].

---

el caso no previsto. La similaridad o semejanza entre la norma o normas reguladoras del caso previsto y la norma reguladora del imprevisto se da en el supuesto o hipótesis –hecho de cuya realización depende el surgimiento de las consecuencias–, que es el primer elemento estructural de toda norma jurídica. La identidad entre la norma o normas reguladoras del caso previsto y la norma reguladora del imprevisto se da en las consecuencias –constitución, modificación, extinción de derechos subjetivos y obligaciones–, que conforman el segundo elemento estructural de cualquier norma jurídica, consecuencias que para el caso previsto y para el imprevisto son las mismas": ibíd. Véanse, además, los artículos 8.º de la Ley 153 de 1887 –"Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho"– y 12 CGP –"Cualquier vacío en las disposiciones del presente código se llenará con las normas que regulen casos análogos. A falta de estas, el juez determinará la forma de realizar los actos procesales con observancia de los principios constitucionales y los generales del derecho procesal, procurando hacer efectivo el derecho sustancial"–.

313 García Máynez, *Lógica del raciocinio jurídico*, cit., p. 158; Narváez, ob. cit., p. 101.

314 Corte Constitucional, Sentencia C-083, marzo 1.º/95, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

3.1.4.2. LUGAR DE LA ANALOGÍA EN EL SISTEMA DE FUENTES

Pero, ¿cuál es la razón por la que la analogía ocupa un lugar importante dentro del esquema de creación del derecho? Este interrogante encuentra su respuesta en la obligación que tiene el juzgador de solucionar los litigios que se someten a su conocimiento, incluso cuando no existe norma aplicable[315].

Cabe precisar que el derecho sancionatorio prohíbe de forma tajante el empleo de la analogía, lo cual es un principio general que también rige el derecho privado en determinadas circunstancias[316]. Así lo enseña Valencia Zea al referirse al uso de la analogía en materia civil, cuya postura es aplicable al derecho comercial, de conformidad con lo previsto por el artículo 822 C.Co.[317]. Al respecto, dice el autor: "Se estima como ilegítimo el empleo de la analogía cuando se trata de sanciones. Nuestro orden jurídico ha aceptado como regla fundamental el postulado que enseña que sin texto legal, claro y preciso no puede existir sanción. Postulado que tiene vigencia no solo en el derecho penal *(nulla poena sine lege)*, sino también en el derecho civil"[318]. Y, por similares razones, lo es asimismo en el derecho comercial.

---

315 "Si partiéramos del supuesto de que todos los sistemas jurídicos son completos, la labor de los jueces se encontraría, entonces, determinada por tres principios: principio de inexcusabilidad: los jueces deben resolver todos los casos que dentro de su competencia les fueren planteados. [...] principio de justificación: las resoluciones de los jueces deben ser fundadas (los jueces deben dar razones de sus decisiones [...] y principio de legalidad: las resoluciones judiciales deben fundarse en normas de derecho": Alchourrón, C. & Bulygin, E. (1993). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, p. 173. López Guzmán, F. (2007). *Introducción al derecho mercantil*, Temis, Bogotá, p. 98. Al respecto, el Código General del Proceso colombiano dispone en el artículo 42: "Son deberes del juez: [...] 6. Decidir aunque no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, o aquella sea oscura o incompleta, para lo cual aplicará las leyes que regulen situaciones o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional, la jurisprudencia, la costumbre y los principios generales del derecho sustancial y procesal".

316 Valencia Restrepo, *Nomoárquica, principialística jurídica o los principios generales del derecho*, cit., pp. 333 y 334.

317 Señala el mencionado artículo: "Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.

"La prueba en derecho comercial se regirá por las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, salvo las reglas especiales establecidas en la ley".

318 Igualmente, plantea otro evento donde se torna ilegítimo el empleo de esta figura: "cuando el caso concreto regulado por la ley constituye una excepción a una regla general, o un privilegio, o

En igual sentido, Velásquez Restrepo también explica que cierto sector de la doctrina considera bastante discutible que se puedan aplicar normas de carácter imperativo. Lo anterior, al considerar que este tipo de reglas no permiten su aplicación e interpretación extensiva, dado que los particulares pueden hacer todo lo que no les esté expresamente prohibido[319].

No obstante lo anterior, el Código no contiene ninguna clase de restricción respecto de la utilización de normas imperativas al hacer uso de la analogía, lo cual da libertad al operador jurídico para su aplicación ante las lagunas de la ley.

3.1.4.3. CLASIFICACIÓN

La doctrina y la jurisprudencia clasifican la analogía de dos formas: analogía *legis* y analogía *iuris*, las cuales serán definidas a continuación[320].

3.1.4.3.1. ANALOGÍA 'LEGIS'

Según explica la Corte Constitucional, en este tipo de analogía el juez aplica la ley a una situación que no se encuentra contemplada en ella de manera explícita, pero esencialmente igual, para los efectos de su regulación jurídica, a la que sí lo está[321]. Es decir, se aplica a los vacíos dejados por la ley recurriendo a las soluciones de casos semejantes[322].

se trata de leyes que por su origen son materiales pero cuyo contenido es singular (por ejemplo, leyes de honores). En estos casos es la regla general la que se aplica y no la excepción. Se debe aplicar el principio que enseña que las excepciones son de interpretación restrictiva, porque de lo contrario estas se convertirían en reglas generales": Valencia Zea, A. & Ortiz Monsalve, Á. (2010). *Derecho civil. Parte general y personas*, t. 1, 16.ª ed., Temis, Bogotá, p. 197.

319 Velásquez Restrepo, C.A. (2003). *Instituciones de derecho comercial*, 4.ª ed., Señal, Medellín, p. 119.

320 Bobbio, N. (1994). *Teoría del ordenamiento jurídico*, trad. de J. Guerrero y E. Rozo Acuña, Temis, Bogotá, p. 236.

321 Corte Constitucional, Sentencia C-083, marzo 1.°/95, M.P.: Carlos Gaviria Díaz. En otras palabras, Bravo Arteaga explica esta figura así: "La enunciación general puede estar configurada por una norma legal, abstracta y general aplicable al caso, o por una norma legal no exactamente aplicable al caso pero sí a un caso semejante": Bravo Arteaga, ob. cit., pp. 86 y 87.

322 López Guzmán, ob. cit., p. 98; Berdugo Garavito, J.M. & Builes Vargas, S. (2013). *Derecho mercantil*, Universidad de Medellín, Medellín, p. 132.

3.1.4.3.2. ANALOGÍA 'IURIS'

A partir de diversas disposiciones del ordenamiento, se extraen los principios generales que las informan, por una suerte de inducción, y se aplican a casos o situaciones no previstas de modo expreso en una norma determinada[323]. Es decir, esta analogía se encuentra referida a la aplicación de una regla general que se utilizó en determinados casos, y que por tal motivo se considera que debe aplicarse en otros casos semejantes[324].

Como se verá a continuación, la analogía que opera como fuente del derecho mercantil será la analogía *legis*, pues la *iuris* quedará circunscrita al ámbito de la creación de los principios.

3.1.4.4. LA ANALOGÍA EN LA LEY MERCANTIL

Según el artículo 1.° C.Co., "los casos no regulados expresamente en la ley mercantil serán decididos por analogía de sus normas"[325]. Esto quiere decir que ante la ausencia de norma aplicable al caso en concreto se debe acudir primero a las disposiciones mercantiles establecidas en cualquier ordenamiento de carácter mercantil para encontrar la solución, lo cual ha sido llamado por algunos doctrinantes "analogía interna de las normas de derecho comercial"[326]. Sin embargo, debe precisarse que al utilizarse la analogía en este campo del derecho, no solamente se trata de normas del Código de Comercio, como consideran por ejemplo Berdugo Garavito y Builes Vargas, sino de cualquier norma de contenido mercantil que esté vigente en la República de Colombia[327].

Espinosa Quintero, además, se refiere a la "analogía externa o con otras disposiciones de naturaleza no mercantil", respecto de lo cual expresa que

323 Corte Constitucional, Sentencia C-083, marzo 1.°/95, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

324 López Guzmán, ob. cit., p. 98; Berdugo Garavito & Builes Vargas, ob. cit., p. 132; Bravo Arteaga, ob. cit., pp. 86 y 87.

325 A juicio de Martínez Neira, esta disposición es una de las máximas expresiones del carácter preferente de la legislación comercial frente al derecho común: cfr. Martínez Neira, N.H. (2003). "Seis lustros de jurisprudencia mercantil", *Vniversitas*, (105), Pontificia Universidad Javeriana, p. 144.

326 Lo cual es consecuencia del principio de especialidad del derecho comercial, el cual será analizado con posterioridad. Véase Espinosa Quintero, L. (2008). *Introducción al derecho mercantil*, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, pp. 98 y 99.

327 Berdugo Garavito & Builes Vargas, ob. cit., p. 133.

en estos eventos se recurre a la analogía con otras normas de naturaleza distinta a la mercantil, como podría ocurrir, por ejemplo, con reglas de carácter tributario, administrativo o laboral, postura que se comparte[328]. Incluso, en virtud del sistema de fuentes, es posible afirmar que se podría acudir también a la costumbre, como se verá posteriormente[329].

No obstante, se disiente respecto de los eventos en los que el fallador debe recurrir al derecho civil, por cuanto estos se encuentran ubicados en la jerarquía de fuentes del derecho comercial al ser su contenido de derecho privado. Como se explicará luego, las reglas civiles pueden ser aplicables por remisión expresa o directamente, a falta de normas mercantiles.

3.1.5. LA COSTUMBRE

Esta figura es definida por Du Pasquier como "un uso implantado en una colectividad y considerado por esta como jurídicamente obligatorio; es el derecho nacido consuetudinariamente, el *jus moribus constitutum*"[330]. Su utilización como fuente de derecho da lugar al denominado "derecho no escrito", "no promulgado", "tácito" o "consuetudinario".

Históricamente, el derecho comercial encuentra su origen en las costumbres mercantiles[331]. En las *curias mercatorum*, la manera como se comportaban los comerciantes medievales frente a sus negocios y la forma en que resolvían sus controversias entre ellos y con terceros dio lugar a que estas actuaciones se tornaran no solo universales en cuanto a su realización sino obligatorias para todos los sujetos. El tráfico mercantil supuso la aparición de

328 Espinosa Quintero, ob. cit., pp. 99-101.

329 Sin embargo, autores clásicos descartan esta posición. Es el caso de Pinzón, quien al respecto afirma: "Sin la ley no puede hablarse de su aplicación analógica, se repite, pues que esta constituye un medio o recurso de interpretación fundado en el carácter general y abstracto de la norma legal. Por eso, no puede decirse, como opinan algunos, que solo debe apelarse a la aplicación analógica de la ley comercial después de haber hecho la apelación del caso a las costumbres mercantiles. Sería absurdo, en efecto, dividir el valor o eficacia de la ley, para considerar que en parte rige antes que las costumbres y que en parte solo rige después que ellas, toda vez que es la misma ley, y en razón de su misma eficacia normativa, la que se aplica directamente a los casos expresamente previstos y la que se aplica indirectamente a los casos no previstos y que, por ser semejantes a los primeros, han de entenderse comprendidos bajo el ámbito de la norma legal, que es más bien una manifestación que una limitación de la voluntad del legislador": Pinzón, ob. cit., pp. 87 y 88.

330 Du Pasquier, ob. cit., p. 34.

331 Romero, ob. cit., p. 31.

un conjunto de regulaciones propias que trajeron consigo una serie de instituciones y normas para regular las exigencias y los intereses de su actividad profesional. Como sostiene Garrigues, tan importante es la costumbre en el derecho mercantil que desde ese momento histórico la legislación mercantil ha sido en mayor parte compilación y revisión de usos[332].

En los estatutos de las ciudades libres medievales se compilaron las costumbres de los mercaderes y más tarde, con el surgimiento del Estado nacional, se recogieron y codificaron en cuerpos normativos expedidos por el soberano. De ahí que Narváez afirme que la costumbre es la fuente directa más antigua del derecho mercantil[333], y que para algunos autores constituya prácticamente la única o, al menos, la más importante, por cuanto para que pueda ser aplicada se supone la adhesión del grupo social a la que está dirigida[334].

Sin embargo, el positivismo jurídico le restó importancia a la costumbre, por cuanto se trata de una regla de derecho no escrita, que si bien procede del cuerpo social y cuyos asociados aceptan su obligatoriedad, no ha sido determinada y aprobada por el legislador, lo que hace que no sea fácilmente conocida y, por ende, que carezca de generalidad. Por esta razón, sus detractores señalan que la costumbre no puede ser fuente del derecho[335], y solo lo será de una forma no autónoma, pues para que tenga validez debe ser autorizada por la ley y reconocida por una autoridad, en lo posible, judicial[336].

332 Garrigues, J. (1987). *Curso de derecho mercantil*, Temis, Bogotá, p. 117; Broseta Pont, M. & Martínez Sanz, F. (2002). *Manual de derecho mercantil*, 1, 11.ª ed., Tecnos, Madrid, p. 72. Sobre este particular se volverá en una etapa posterior de este estudio, cuando se analice la formación de la *Lex Mercatoria* medieval.

333 Narváez, ob. cit., pp. 103 y 104.

334 Larroumet, ob. cit., pp. 204 y 205.

335 "La costumbre no supone un escalón más del edificio jurídico, una fuente derivada más, junto a la ley, al reglamento, etc. La costumbre como tal no puede ser el fundamento que permita identificar algo como derecho. Ni siquiera puede verse como fuente no independiente (esto es, como el conjunto de las condiciones constitutivas determinadas por una fuente derivada), pues no establece criterios objetivos e inequívocos que permitan saber cuándo algo es derecho; es más, una construcción semejante ocultaría el carácter no deductivo típico del derecho consuetudinario": Ross, ob. cit., p. 496.

336 "La costumbre es una regla de derecho no escrita que proviene del cuerpo social, cuyos miembros aceptan una regla que consideran obligatoria. Las costumbres pueden ser redactadas. La redacción de las costumbres fue decidida en el antiguo derecho francés para facilitar su conocimiento; es por ello que actualmente muchos usos profesionales, especialmente, están consignados por escrito. Sin embargo, si bien es cierto que la redacción de la costumbre tiende a volverla fija y a sustraer su flexibilidad y su carácter evolutivo, lo cual la aproxima a la ley, no

Así, LARROUMET plantea que, a diferencia de lo que sucede con la ley, y al igual que ocurre con la jurisprudencia, "la costumbre será difícilmente conocida y su conocimiento se hará con mucha menos certeza que el de la ley que, como se sabe, siempre es publicada. La ley no necesita ser probada judicialmente, pero no ocurre así con la costumbre. Desde este punto de vista, la redacción de una costumbre tiene como objeto facilitar su prueba"[337].

Si bien la costumbre tiene como característica la de ser entendida como obligatoria por una colectividad, no toda repetición de una conducta da lugar a entender que esta resulta convertida en regla y, por lo tanto, a que deba ser considerada como derecho. La importancia de la ley en este sentido es total, pues la costumbre queda relegada y subordinada a los preceptos normativos, que son los que fijan los parámetros que deben ser seguidos para que esta adquiera obligatoriedad y valga como derecho[338].

El mismo criterio lo tiene GARCÍA MÁYNEZ, quien a este propósito señala: "El reconocimiento de la obligatoriedad de una costumbre por el poder público puede exteriorizarse en dos formas distintas: expresa o tácita. El reconocimiento expreso realízase por medio de la ley. El legislador establece, por ejemplo, que a falta de precepto aplicable a una determinada controversia deberá el juez recurrir a la costumbre. El reconocimiento tácito consiste en la aplicación de una costumbre a la solución de casos concretos"[339].

Lo cierto es que cuando un sujeto actúa de conformidad con los postulados de la costumbre, siempre que esta no contraríe el orden jurídico vigente, obra con pleno convencimiento de que sus acciones se enmarcan dentro de lo correctamente posible. Por ello, si son muchos sujetos quienes realizan una misma conducta bajo supuestos iguales, y su actuación no es prohibida o censurada, se entiende que se obra dentro de los parámetros

---

quiere decir que por estar redactada la costumbre se convierta en ley. En efecto, la redacción de una costumbre no le confiere ni la autoridad ni las demás características propias de la ley, aun cuando se trate de una redacción oficial; siempre permanecerá la diferencia fundamental de que la costumbre no es un acto de la autoridad política": LARROUMET, ob. cit., pp. 202 y 203. Otros explican que lo que convierte a la costumbre en derecho, específicamente en el consuetudinario, es la aplicación judicial –entendiendo el término juez en sentido amplio– y no ella misma: cfr. MUÑOZ DE BAENA, DE PRADA GARCÍA & LÓPEZ PIETSCH, *Estudio Preliminar* a ROSS, ob. cit., p. 43.

337 LARROUMET, ob. cit., p. 203.

338 Como se aprecia entonces, la costumbre no es una fuente autónoma de derecho, pues será la ley la que por delegación le confiere su valor obligatorio. Véase ibíd., pp. 204 y 205.

339 GARCÍA MÁYNEZ, E. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 62.

de la ley. Con ello, señala MERRYMAN, se rompe precisamente el dogma del positivismo estatal, pues el Estado no será el único que tiene la competencia legislativa[340].

A pesar de todos estos avatares, en el sistema romano germánico la costumbre no ha perdido su carácter de fuente del derecho, pues de ella es posible verificar el surgimiento de comportamientos jurídicos que sí se adecuan a las pautas dadas por el sistema le generan absoluta validez[341]. De este criterio es OVIEDO ALBÁN, quien, después de reiterar el menosprecio doctrinal y jurisprudencial de que ha sido objeto esta figura en el derecho privado, considera que de todas formas la costumbre reviste fundamental importancia por su ubicación en la jerarquía de fuentes del derecho comercial, principalmente cuando se encuentran incorporadas a los acuerdos de voluntades en una labor de integración del contrato, y el valor que esta tiene frente a la ley civil[342].

Así las cosas, ROSS plantea los motivos que justifican la necesidad de un derecho consuetudinario: (i) es deseable para conseguir una cierta estabilidad, seguridad e igualdad en la vida jurídica; (ii) se corresponde con un profundo sentimiento humano, y (iii) el derecho consuetudinario tiene la extraordinaria propiedad de satisfacer todos los intereses en juego[343].

A continuación se analizará la costumbre desde su contenido, para lo cual se iniciará por establecer cuáles son sus elementos, cómo opera frente a la ley, las diferentes clases que existen y, finalmente, se diferenciará esta figura de los usos mercantiles.

---

340 MERRYMAN, ob. cit., pp. 54 y 55.

341 La situación de la costumbre en el derecho anglosajón es explicada por REYES VILLAMIZAR, quien precisa que cuando la costumbre se incorporó en el sistema de precedentes jurisdiccionales dejó de tener importancia en todos los países que hacen parte del *common law*. En ellos se trata simplemente de una fuente secundaria del derecho, relegada frente a la legislación y a la jurisprudencia. "Además, los requisitos para hacerla valer frente a los jueces son tan exigentes que rara vez esta resulta vinculante y obligatoria. En efecto, el establecimiento original de la costumbre prueba de su existencia ininterrumpida por un largo período de tiempo, así como de que la misma ha existido como consecuencia de un acuerdo entre las partes y no en virtud del uso de la fuerza. Igualmente, debe ser concordante con otras costumbres, tener certidumbre y ser aceptada como obligatoria y de importancia significativa, además de ser razonable": REYES VILLAMIZAR, F. (2013). *Derecho societario en Estados Unidos y la Unión Europea*, Legis, Bogotá, pp. 54 y 55.

342 OVIEDO ALBÁN, J. (2001). "Los usos y costumbres en el derecho privado contemporáneo", *Vniversitas*, (102), Pontificia Universidad Javeriana, pp. 343-379.

343 ROSS, ob. cit., p. 113.

3.1.5.1. ELEMENTOS DE LA COSTUMBRE

Como se anticipó, no todo uso reiterado da lugar a una costumbre que se considere como derecho válido. Por tal motivo, la teoría romano-canónica estableció dos elementos que permiten que una conducta adquiera tal categoría, como lo son su aspecto material u objetivo, y su aspecto psicológico, subjetivo o formal.

Los dos reunidos expresan el derecho consuetudinario y quedan expresados en la fórmula *inveterata consuetudo et opinio juris seu necessitatis*[344]; se analizarán a continuación[345].

3.1.5.1.1. ASPECTO MATERIAL U OBJETIVO

Este elemento de la costumbre consiste en que esta se encuentra constituida por una serie de actos realizados por los asociados de manera constante y con respecto a un cierto asunto de la vida social. Así, el artículo 3.° C.Co. señala que se deben conjugar cuatro cualidades, sin las cuales la costumbre no podría tener valor jurídico. Veamos.

a. UNIFORMIDAD

Consiste en que las conductas que dan lugar a una costumbre siempre son iguales, es decir, se procederá de forma idéntica ante los mismos supuestos fácticos que hacen necesaria tal actuación, sin que se presenten omisiones o hechos contrarios a lo generalmente realizado. Igualmente, tal práctica no debe haber sido protestada por quienes hubiesen tenido interés en impugnarla[346]. Por ello, MADRIÑÁN DE LA TORRE y PRADA MÁRQUEZ precisan que

344 *La costumbre inveterada y la opinión o necesidad del derecho*. GARCÍA MÁYNEZ, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 62.

345 Según explica NARVÁEZ GARCÍA, "en el sistema anglo-norteamericano no basta que la costumbre sea comúnmente acatada, pues para convertirse en regla de derecho es menester comprobar su certeza, continuidad, existencia de tiempo atrás, y que tiene un margen de razonabilidad, vale decir que es aplicable al caso concreto en que se invoca": NARVÁEZ GARCÍA, ob. cit., p. 109.

346 NARVÁEZ GARCÍA señala que las costumbres deben ser "acatadas no en forma caprichosa ni fortuita, sino de modo idéntico como experiencias colectivas corrientemente aceptadas": ibíd., p. 109.

"las prácticas ambiguas no deben tenerse en cuenta porque no se podría afirmar la existencia de un hábito colectivo"[347].

Sin embargo, VELÁSQUEZ RESTREPO estima necesario hacer en este punto la salvedad de que existen ciertas costumbres que pueden ser llamadas gremiales, es decir, que no son observadas por la totalidad de las personas de un lugar sino por los individuos que desempeñan una actividad similar, y por ese motivo se podría hablar, según su criterio, de costumbres entre los comerciantes de ganado o entre los corredores de finca raíz o de cierto sector[348]. Por ello, en estos casos, la uniformidad hace referencia a la población que se desempeña en dicha actividad, y de esta forma, para que sea obligatoria, debe ser cumplida y observada por la totalidad o casi totalidad de las personas dedicadas al mencionado oficio[349].

b. PUBLICIDAD

Para que adquieran plena validez, las conductas deben ser conocidas por el conglomerado social, o por el grupo en el cual se realizan, y que va a ser sometido a los dictados de la costumbre. Es decir, son conocidas por aquellos a quienes se dirigen, lo cual trae consigo la posibilidad de oponerse a ellas.

347 MADRIÑÁN DE LA TORRE y PRADA MÁRQUEZ, ob. cit., p. 51.

348 Al respecto, MARTÍNEZ NEIRA manifiesta una crítica bastante certera en contra de la actividad desempeñada por las cámaras de comercio: "Por si fuera poco, la autorregulación comercial, expresada en la sabiduría social que acepta como reglas de comportamiento los usos de general aceptación en el comercio, sufre la repreśión de las cámaras de comercio, quienes por física abulia no investigan las costumbres de sus regiones. Y la Cámara de Comercio de Bogotá ha llegado al extremo de decidir, contra el mandato de ley, que solo recopila y certifica las costumbres 'de alto impacto', entendiendo por tales aquellas cuyo grupo objetivo tenga por lo menos 1.000 inscritos en el registro de comercio, lo que debería obligar a actuar a la Superintendencia de Industria y Comercio, porque de perpetuarse esta política o, mejor, esta arbitrariedad, no será posible investigar prácticas bancarias, de seguros, de clínicas, de comercializadores de vehículos, de agencias de publicidad, etc., porque en ninguno de estos casos los empresarios de cada ramo en la ciudad llegan a ser más de 100": MARTÍNEZ NEIRA, N.H. "La crisis del derecho comercial", disponible en: www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-130130-05_la_crisis_del_derecho_comercial/noti-130130-05_la_crisis_del_derecho_comercial.asp, consulta realizada el 2 de septiembre de 2013.

349 VELÁSQUEZ RESTREPO, ob. cit., p. 107.

Si se demuestra que la costumbre es generalizada no es posible argüir su ignorancia. Por el contrario, si la costumbre es clandestina se elimina con ello su calidad de uniforme[350].

c. REITERACIÓN

La conducta debe ser repetida en un espacio de tiempo –es decir, no puede ser transitoria, ocasional o esporádica–, de manera que se consolide e implante como si fuera una norma jurídica. El lapso de tiempo no es prefijado por la ley, pues solo se exige una larga duración. Sin embargo, debe tratarse de un tiempo suficiente para que se consolide hasta tal punto que tenga la facultad de regir obligatoriamente un determinado asunto, lo cual será posteriormente valorado por un juez[351].

Lo cierto es que cuando un hábito social se prolonga en el tiempo, la conciencia de los individuos que lo practican hace que se adquiera la creencia de que este resulta obligatorio. Así, como lo explica GARCÍA MÁYNEZ, lo normal o lo acostumbrado se transforma en lo debido, y lo que fue un simple uso en un principio, más tarde se ve como la manifestación del respeto a un deber. O, como dice Ehrlich: "la costumbre del pasado se convierte en la norma del futuro"[352].

d. GENERALIDAD Y TERRITORIALIDAD

Para que una costumbre pueda tomarse como regla general debe nacer de actos o prácticas comunes que disciplinarán una conducta de un grupo social en un ámbito geográfico específico, y no de la conducta particular de un individuo considerado aisladamente[353]. Según MADRIÑÁN DE LA TORRE y PRADA MÁRQUEZ, lo que realmente importa en este punto es que sea común

350 NARVÁEZ GARCÍA, ob. cit., p. 109; VELÁSQUEZ RESTREPO, ob. cit., p. 108; MADRIÑÁN DE LA TORRE & PRADA MÁRQUEZ, ob. cit., p. 52.

351 GARCÍA MÁYNEZ, E. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 62; LARROUMET, ob. cit., pp. 208 y 209; MADRIÑÁN DE LA TORRE & PRADA MÁRQUEZ, ob. cit., p. 52; NARVÁEZ GARCÍA, ob. cit., p. 109. Según VELÁSQUEZ RESTREPO, los ingleses exigen que la costumbre debe ser inmemorial, "entendiendo como tal la vigente desde 1184": VELÁSQUEZ RESTREPO, ob. cit., p. 108.

352 Ehrlich, E. (1936). *Fundamental principles of the sociology of law*, Harvard University Press, Cambridge, p. 85, cit. en GARCÍA MÁYNEZ. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 62.

353 NARVÁEZ GARCÍA, ob. cit., p. 109.

a un grupo social colocado en idénticas circunstancias frente a un mismo problema[354].

Respecto de esta característica, VELÁSQUEZ RESTREPO critica lo dispuesto en el artículo 3.° C.Co., al señalar que la costumbre tendrá la misma autoridad que la ley comercial si no contraría la ley y si los hechos que la fundamentan son públicos, uniformes y reiterados "en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse con ella". Por tal motivo, el autor señala que es posible que se presenten conflictos entre dos costumbres que pueden regir una misma conducta, pues la ley no diferencia cuál tiene primacía.

Como ejemplo, el autor propone un contrato celebrado en Medellín para distribuir textiles en Bogotá. En tales eventos, la costumbre mercantil puede ser distinta en las dos ciudades, sin que el código señale cuál se debe preferir[355].

3.1.5.1.2. ASPECTO SUBJETIVO, PSICOLÓGICO O FORMAL

El otro elemento que da validez a la costumbre tiene que ver con la *psique* humana, y es el entendimiento que tienen todos aquellos a quienes esta se encuentra dirigida de que la realización de una determinada práctica mercantil resulta jurídicamente obligatoria[356]. Es decir, tanto el individuo que la practica como el conglomerado en el que se realiza entienden que procediendo de acuerdo con ella se actúa conforme a derecho[357].

354 MADRIÑÁN DE LA TORRE & PRADA MÁRQUEZ, ob. cit., pp. 52 y 53.

355 "Lo correcto hubiera sido, que la ley hubiera establecido un solo criterio para determinar la vigencia de la costumbre local, afirmando, bien sea, que se aplicará la del lugar de celebración del contrato o la del lugar de su cumplimiento, pero no los dos simultáneamente, como erróneamente, en nuestro concepto, lo ha dispuesto el artículo 3.°": VELÁSQUEZ RESTREPO, ob. cit., pp. 110 y 111. Este comentario lo hace el autor únicamente para la costumbre local, pero es claramente aplicable para las otras clases de costumbre según su ámbito territorial, como se verá más adelante.

356 MARTÍNEZ MARULANDA, D. (2007). *Fundamentos para una introducción al derecho*, 3.ª reimpr., Universidad de Antioquia, Medellín, p. 277.

357 "La convicción de la obligatoriedad de la costumbre implica la de que el poder público pueda aplicarla, inclusive de manera coactiva, como ocurre con los preceptos formulados por el legislador": GARCÍA MÁYNEZ. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 62.

De la misma opinión es la Corte Constitucional, quien al analizar de dónde viene la fuerza obligatoria de la costumbre indicó: "es ostensible que su fuerza obligatoria viene directamente de la comunidad, es decir, del pueblo, sin que pueda hablarse de que este delega su poder. Así como los hechos sociales llevan al legislador a dictar la ley escrita, esos mismos hechos, en ocasiones, constituyen la ley por sí mismos. No tendría sentido a la luz de la democracia reconocerle valor a la ley hecha por los representantes del pueblo, y negársela a la hecha por el pueblo mismo, que es la costumbre"[358].

Por ello, LARROUMET explica que el comportamiento es realmente una costumbre cuando el grupo social considera que su vulneración constituye una flagrante violación de una regla de derecho –*opinio necessitatis*–. "Lo que ocurre con mayor frecuencia es que esto se manifiesta mediante la sanción por parte del poder judicial"[359].

3.1.5.2. DISTINCIÓN ENTRE LA COSTUMBRE Y LOS USOS

Después de aclarar qué es la costumbre y cuáles son las características que le permiten adquirir validez jurídica para regular los asuntos de los comerciantes, resulta determinante diferenciarla de los usos[360], figura que en ocasiones puede generar confusión por la doctrina, a pesar de ser distinta[361]. Estos son definidos por GÉNY en estos términos: "Se trata de las prácticas, generales unas, otras locales o profesionales, que concurren de un modo tácito en la formación de los actos jurídicos, especialmente en los contratos, y que, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, se sobreentienden en

358 Corte Constitucional, Sentencia C-224, mayo 5/94, M.P.: JORGE ARANGO MEJÍA.

359 LARROUMET, ob. cit., pp. 208 y 209.

360 En el argot es posible encontrar que estos se conocen como: "usos locales o profesionales", "usos comerciales y bancarios", "*unsances*", "*Geschäftsgebräuche*", "*Verkehrssitten*", "*usages du commerce*", etc. Así mismo, ENNECERUS los denomina "usos contractuales y convencionales o de tráfico": ENNECERUS, L. (1953). *Derecho civil*, Bosch, Barcelona, I, (I), 159.

361 Es el caso de ROCCO, para quien el término 'uso' "comprende desde la simple habitualidad individual hasta la verdadera y propia costumbre jurídica": ROCCO, A. (1931). "Principios de derecho mercantil", *Revista de Derecho Privado*, p. 119, Madrid. Incluso, en algunos países como España, resulta interesante ver cómo la costumbre se define como uso mercantil, en el artículo 2.° C.Co.: véase GARRIGUES, ob. cit., pp. 117 y 118; BROSETA PONT & MARTÍNEZ SANZ, ob. cit., pp. 72 y 73; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. (coord.) (2009). *Nociones de derecho mercantil*, 4.ª ed., Marcial Pons, Madrid, p. 16.

todos esos actos, inclusive, con algunas reservas, en los de carácter solemne, para interpretar o completar la voluntad de las partes"[362].

A pesar de la importancia que pueden tener los usos en legislaciones foráneas, el derecho colombiano no les da la relevancia suficiente para ser fuente autónoma de creación jurídica[363]. Dentro de un esquema positivista se requeriría que la ley hiciera referencia a ellos y les diera eficacia. Así lo refiere PUGLIATTI: "El uso, pues, no es por sí mismo fuente del derecho, sino que sirve solamente para dar el contenido a una determinada norma de ley, que le da eficacia. También el uso en sentido técnico supone la existencia de un elemento subjetivo que, sin embargo, es menos intenso que la *opinio necessitatis*, y consiste solo en la conciencia de la generalidad del uso. En este caso el elemento formal se encuentra en la norma que confiere eficacia al uso"[364]. No obstante, este no es el caso del ordenamiento nacional, pues ha quedado claro que la remisión que se hace a comportamientos mercantiles solo rinde pleitesía a la costumbre.

A pesar de ello, es evidente que de los usos surgen las costumbres, pues constituyen su punto de partida[365]. Como se aprecia, estos dos conceptos funcionan como una relación de causa a efecto, de especie a género. Es así como GARCÍA MÁYNEZ advierte que en los usos "existe el elemento objetivo de

362 GÉNY, E. (1919). *Méthode d'interpretation*, 2.ª ed., París, (I): 418, cit. en GARCÍA MÁYNEZ. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 65.

363 Igual sucede en el derecho alemán, pues los usos sirven para tipificar las reglas de interpretación y las expectativas de comportamiento, actuando de forma normativa. Sin embargo, refiere SCHMIDT, "por oposición al derecho consuetudinario no han sido reconocidas como normas jurídicas. El uso comercial no es otra cosa que el hábito practicado en cuestiones jurídicas comerciales. Presupone un cierto período de vigencia y su utilización convencional por un círculo de usuarios, pero no el consenso de obligatoriedad jurídica característico del derecho consuetudinario": SCHMIDT, K. (1997). *Derecho comercial*, trad. de la 3.ª ed. por F.E.G. Wegner, Astrea, Buenos Aires, pp. 24 y 25.

364 PUGLIATTI, S. (1943). *Introducción al estudio del derecho civil*, México, p. 97, cit. en GARCÍA MÁYNEZ. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 66; GEBHARDT y GERSOVICH, ob. cit., p. 104. ROMERO señala que mientras los usos gozan de una fuerza normativa que se deriva de la ley, la costumbre tiene fuerza vinculante por sí misma, por su propia naturaleza, al margen de la voluntad de las partes o de la expresión del legislador. "De ese modo, los usos quedarían asimilados a un tipo de costumbre (*secundum legem*)": ROMERO, ob. cit., p. 31.

365 Por ello, para PINZÓN es mejor denominar a los usos como "hechos o actos constitutivos de la costumbre, reservando para esta la idea o concepto de regla de derecho abstraída de esos actos o hechos que van repitiéndose en forma pública, uniforme y prolongada, sin oscurecer esta idea con denominaciones técnicas que corresponden[,] más bien, a lo que no son sino simples funciones o utilizaciones de la costumbre": PINZÓN, ob. cit., pp. 105 y 106.

la costumbre, la práctica más o menos reiterada y constante de ciertos actos; mas no podemos afirmar lo propio del elemento subjetivo, u *opinio juris*"[366].

De ahí que, para el autor, sirvan para completar o interpretar la voluntad de las partes cuando se han querido acoger libremente a ellos. Esta opinión resulta similar a la de ASCARELLI, para quien los usos no están investidos de publicidad y uniformidad, pues según su criterio solamente se trata de conductas que pueden observar las partes en sus contratos, los cuales integran el contenido de los mismos o cumplen una función interpretativa de algunas de sus estipulaciones[367].

Desde el derecho argentino, FONTANARROSA precisa una serie de consecuencias de la distinción entre costumbres y usos, las cuales se pueden adaptar perfectamente al entorno jurídico colombiano[368]:

– Los usos y costumbres tienen una doble función: interpretativa e integradora de la voluntad de los contratantes.

– Los usos no tienen la calidad de fuente formal del derecho mercantil, como sí la tiene la costumbre, por cuanto carece de fuerza vinculante.

– Los usos se diferencian de la costumbre en que esta resulta irrenunciable por las partes de un contrato.

– Cuando forman el contenido de una norma comercial, los usos se deben aplicar como parte de la legislación mercantil, y con preferencia a la ley civil.

– No forman parte de la carga de la prueba –*onus probandi*–, pero ello no obsta para que la parte interesada aporte a la causa los medios demostrativos de la existencia de un uso que el juez deberá valorar.

– Los contratantes se pueden separar libremente del uso, como pueden hacerlo de la ley misma, dado el carácter dispositivo y subsidiario de la generalidad de los preceptos de derecho privado.

Para finalizar este apartado, resulta interesante ver cómo en la actualidad los usos aparecen en el lenguaje jurídico contemporáneo con un papel preponderante en la formación del derecho comercial internacional, lo cual será tratado en capítulo posterior. Esto por cuanto el lenguaje utilizado en documentos como los *Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, la *Convención de Compraventa Internacional de Mercaderías*

366 GARCÍA MÁYNEZ. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 66; OVIEDO ALBÁN, ob. cit., pp. 343-379.
367 ASCARELLI, T. (1940). *Tratado de derecho mercantil*, Porrúa, (I): 32, México.
368 FONTANARROSA, R.O. (1995). *Derecho comercial argentino*, Zavalía, Buenos Aires, p. 53.

y los Incoterms de la Cámara de Comercio Internacional desconoce a las costumbres como término utilizado en sus disposiciones, refiriéndose exclusivamente a usos mercantiles. En tal sentido, es posible afirmar que aquellas se constituyen como fuentes internas de creación del derecho, mientras los segundos dan origen a la formación de la nueva *Lex Mercatoria*.

No obstante, OVIEDO ALBÁN hace caso omiso de cualquier clase de discusión acerca de la terminología utilizada para explicar los efectos de los dos conceptos, sin importar que se trate de creación del derecho nacional o internacional: "Aun hoy, los usos y costumbres continúan en su papel revitalizador del derecho de los negocios. Además, se constituye como una alternativa a las dificultades que pueden presentarse a la hora de tratar de definir la ley nacional o internacional que resulte aplicable a los contratos y negocios en particular". Y agrega: "Las nuevas realidades mercantiles, la apertura de los mercados, el desarrollo de tecnología que facilita las transacciones de bienes y servicios, la agilidad en los modernos medios presentes en el transporte de mercancías, seguramente llevan en sí una dosis alta de costumbres que por la *opinio iuris seu necessitatis*, o convicción de tratarse de normas de derecho obligatorias para las partes, la uniformidad, reiteración y publicidad de las mismas, las convierten en la nueva *Lex Mercatoria* del mundo moderno"[369].

3.1.5.3. FUNCIONES DE LA COSTUMBRE

Son tres las funciones de la costumbre, es decir, las maneras como opera, o, en palabras de PINZÓN, los "grados distintos de su eficacia como regla jurídica"[370], lo cual deriva precisamente del unánime consentimiento de la colectividad[371]. Estas serán tratadas a continuación.

3.1.5.3.1. REGLA DE CONDUCTA O "COLMAR LAS LAGUNAS DE LA LEY"

Cuando no existe norma legal aplicable a un caso específico, no hay posibilidad de aplicar una regla por analogía, y si la autonomía de la voluntad

369 OVIEDO ALBÁN, ob. cit., pp. 343-379.
370 PINZÓN, ob. cit., p. 107.
371 NARVÁEZ GARCÍA, ob. cit., p. 109.

omitió referirse a esa situación, aparece la costumbre en todo su esplendor como la manera de regular ese asunto específico. A juicio de la doctrina, de todas las funciones que cumple la costumbre, esta resulta la más importante, por cuanto se trata de comportamientos tácitos, cuya generalización y obligatoriedad subsana las necesidades más comunes del comercio, y por ello se convierte en una regla obligatoria, "con la misma eficacia que tuvo en el primitivo derecho comercial"[372].

Esta labor encuentra su fundamento en el inciso 1.º del artículo 3.º C.Co. que establece: "La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o [donde hayan] surgido las relaciones que deban regularse por ella".

No obstante, NARVÁEZ GARCÍA advierte que su obligatoriedad como regla de conducta se debe fijar en el lugar donde surgen las relaciones mercantiles o se deben cumplir las prestaciones pactadas. "Es decir, no tiene aplicación en un medio extraño al entorno donde se han formado y desarrollado, lo cual otorga preponderancia a las costumbres locales, en procura de la seguridad jurídica y la equidad"[373].

3.1.5.3.2. INTEGRACIÓN

Se presenta cuando la costumbre completa una disposición mercantil por cuanto esta remite expresamente a aquella, al tratarse de una norma en blanco[374]. Como se aprecia, el legislador defiere la reglamentación de un asunto a las prácticas de conducta comercial que se presentan en la vida misma de los negocios. Un ejemplo se encuentra disponible en el artículo 827 C.Co., que señala: "La firma que procede de algún medio mecánico no se considerará suficiente en los negocios en que la ley o la costumbre lo admitan"[375].

372 PINZÓN, ob. cit., p. 109; NARVÁEZ GARCÍA, ob. cit., p. 110; LÓPEZ GUZMÁN, ob. cit., p. 77; MEDINA VERGARA, J. (2008). *Derecho comercial. Parte general*, 4.ª ed., Temis, Bogotá, p. 95.

373 NARVÁEZ GARCÍA, ob. cit., p. 110.

374 MEDINA VERGARA, ob. cit., p. 95; LÓPEZ GUZMÁN, ob. cit., p. 77; NARVÁEZ GARCÍA, ob. cit., p. 110.

375 Igualmente, es posible encontrar otros ejemplos en la legislación, como sucede con los artículos 640, 842, 871, 909, 912, 923, 933, 935, 969, 971, 977, 987, 1002, 1016, 1050, 1170, 1172, 1217, 1249, 1259, 1264, 1267, 1291, 1297, 1341, 1377, 1501, 1502, 1513, 1538, 1621, 1655, 1657, 1658, 1659, 1661, 1663, 1666, 1672, 1688, 1691, 1697, 1698, 1702 y 1727 C.Co.

Lo interesante de esta función frente a la ley radica en dos ventajas, señaladas por PINZÓN: "a favor de la costumbre, puesto que participa entonces de la obligatoriedad que corresponde a la ley, como parte de esta misma; y a favor de la norma legal, ya que se la dota de realismo y de movilidad para cumplir en forma más eficaz su función reguladora"[376].

Cabe precisar que respecto de esta función hay un ingrediente adicional, y es que la costumbre puede variar, lo que la hace incluso más cercana a las necesidades del comercio y, por ende, se deja de lado la estaticidad propia de la ley, por cuanto la reglamentación de la conducta será más apropiada y adecuada a la realidad.

3.1.5.3.3. INTERPRETACIÓN

Según precisa el artículo 5.º C.Co.: "Las costumbres mercantiles servirán, además, para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos y convenios mercantiles". En otras palabras, se trata de la facultad que tiene la costumbre para indagar la intención de los contratantes e interpretar los negocios jurídicos[377].

Así mismo, es posible que a través de la costumbre se pueda interpretar una norma escrita, especialmente en el caso de las leyes dispositivas, evento en el cual se denomina "costumbre normativa"[378].

3.1.5.4. LA COSTUMBRE FRENTE A LA LEY

A partir de las funciones de la costumbre es posible determinar cuál es la manera como esta debe operar respecto de la ley. Recordando lo mencionado por el artículo 3.º C.Co., la costumbre no debe contrariar manifiesta ni tá-

376 PINZÓN, ob. cit., p. 109.

377 NARVÁEZ GARCÍA, ob. cit., p. 109; MEDINA VERGARA, ob. cit., pp. 94 y 95; LÓPEZ MEDINA. *El derecho de los jueces*, cit., p. 77; PINZÓN, ob. cit., pp. 107 y 108.

378 NARVÁEZ GARCÍA, ob. cit., p. 109. Según explica PINZÓN, esta labor, reconocida incluso por los derechos romano y español antiguos, no es similar a la que realiza la jurisprudencia, sino que tal función la desempeñan con su conducta los comerciantes que cumplen rectamente la ley y que colaboran así en el ordenamiento del tráfico comercial: cfr. PINZÓN, ob. cit., p. 108. Cabe señalar que algunos autores le dan este mismo nombre a la función que se denomina regla de conducta: cfr. LÓPEZ GUZMÁN, ob. cit., p. 77; MEDINA VERGARA, ob. cit., p. 95.

citamente la ley comercial para que tenga su misma validez. Por tal motivo, es claro que esta puede actuar frente a la ley de acuerdo con ella o ir incluso más allá de sus preceptos.

Por tal motivo, la Corte Constitucional ha reconocido que de conformidad con la tradicional tipología romano-canonista puede haber costumbres *secundum legem*, *praeter legem* o *contra legem*, las cuales serán analizadas a continuación[379].

3.1.5.4.1. LA COSTUMBRE 'SECUNDUM LEGEM'

Este tipo de costumbre se conoce también como "según la ley" o "interpretativa". Consiste en que las prácticas en las cuales se funda la costumbre no solo deben respetar la primera jerarquía que se ha reservado el derecho escrito, sino que también tienen que expresar un desarrollo conforme a la moral[380].

Al analizar la constitucionalidad de esta forma de costumbre, la Corte Constitucional indicó que por ella debe entenderse "la norma que adquiere su carácter de tal, y, por consiguiente, su fuerza obligatoria, por la expresa referencia que a ella hace la ley". Y es que para el alto tribunal su exequibilidad es tajante dado que "su fuerza proviene de la propia ley que se remite a ella". Es decir, "la propia ley se completa con la costumbre a que se refiere, como si formara un todo con ella"[381].

Sin embargo, algunos autores le restan importancia a la costumbre según la ley, por cuanto a su juicio resulta inoperante en la medida en que está ya la ley que dice lo mismo[382]. Es el caso de MADRIÑÁN DE LA TORRE y PRADA MÁRQUEZ, quienes consideran que aquella se encuentra desprovista de todo valor como fuente independiente, por cuanto su validez deriva de la norma que expresamente la invoca. En sus palabras, "no se advierte cosa distinta de una norma escrita constituida en parte por un hecho externo a ella, que en razón de la voluntad del legislador completa su sentido"[383].

379 Corte Constitucional, Sentencia C-224, mayo 5/94, M.P.: JORGE ARANGO MEJÍA; OLANO GARCÍA, ob. cit., pp. XI y XII.
380 LARROUMET, ob. cit., p. 210.
381 Corte Constitucional, Sentencia C-224, mayo 5/94, M.P.: JORGE ARANGO MEJÍA.
382 MEDINA VERGARA, ob. cit., p. 93.
383 MADRIÑÁN DE LA TORRE & PRADA MÁRQUEZ, ob. cit., p. 56.

No obstante, otros opinan que su formación se da a partir de disposiciones legales, a las cuales interpreta o aclara, por cuanto se trata de normas en blanco[384]. Adicionalmente, en ejercicio de la libertad para contratar, las partes pueden incorporarlas en sus estipulaciones y reconocerles fuerza vinculante[385].

3.1.5.4.2. LA COSTUMBRE 'PRAETER LEGEM'

Es también llamada costumbre "extralegal", "*extra legem*" o "supletoria", y, en palabras de GARCÍA MÁYNEZ, da lugar al denominado "derecho consuetudinario delegante"[386] o "uso de derecho de la costumbre"[387]. Dado que la ley no puede regular absolutamente todas las circunstancias fácticas de comportamiento de los individuos, como ya quedó precisado en un apartado anterior de este trabajo, es a través de esta figura como se subsanan los vacíos que tiene la norma escrita por cuanto regula lo no previsto por ella, al actuar en ausencia de textos legales expresos[388].

A juicio de NARVÁEZ, este tipo de costumbre completa la ley sin contradecirla y cubre el vacío hasta cuando este es llenado por el legislador[389]. Por tal razón, es esta la verdadera fuente formal del derecho a la que se refiere el artículo 3.º C.Co.[390].

A diferencia de lo que ocurre con la costumbre *secundum legem*, la *praeter legem* no se encuentra soportada por la ley, pues existe por sí misma y en forma autónoma, ya que está por fuera de ella. Al respecto explica LARROUMET: "La costumbre puede existir en ausencia de ley, caso en el cual no hay problema para reconocerle a la costumbre su fuerza obligatoria, ya que ésta llena una laguna del legislador"[391].

384 Ibíd.
385 NARVÁEZ GARCÍA, ob. cit., pp. 111 y 112.
386 GARCÍA MÁYNEZ. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 65.
387 PINZÓN, ob. cit., p. 109.
388 Corte Constitucional, Sentencia C-224, mayo 5/94, M.P.: JORGE ARANGO MEJÍA.
389 NARVÁEZ GARCÍA, ob. cit., p. 112.
390 MADRIÑÁN DE LA TORRE y PRADA MÁRQUEZ, ob. cit., p. 57; VELÁSQUEZ RESTREPO, ob. cit., p. 113.
391 LARROUMET, ob. cit., p. 210.

3.1.5.4.3. LA COSTUMBRE 'CONTRA LEGEM'

También se conoce como "contra la ley", "modificatoria" o "abrogatoria". Es la que tiende a derogar una disposición legal, lo cual hace que carezca de eficacia –*nulla consuetudo contra legem*–. En efecto, si la ley se encuentra por encima de la costumbre en el esquema de fuentes, esta no podría ir en contra de aquella, dado que su función es completarla y suplirla.

Esta categoría tiene como su fundamento lo dispuesto en el artículo 8.° C.C. que establece: "La costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley. No podrá alegarse el desuso para su inobservancia, ni práctica alguna, por inveterada y general que sea".

Cabe precisar, igualmente, que dentro de la costumbre *contra legem* se encuentra la costumbre que se ha vuelto inaplicable por desuso. Cuando la práctica es realizada de conformidad con los presupuestos establecidos por la ley adquiere su misma validez. Pero si la costumbre deja de ser practicada o muta en cuanto a su realización pierde obligatoriedad y, por ende, no tiene la posibilidad de reglar conducta alguna[392].

La sanción impuesta por la ley para esta clase de costumbre respecto de su falta de eficacia para ser creadora de derecho, resulta absolutamente concordante con el sistema clásico de fuentes, el cual se construyó bajo un criterio de primacía legal. Sin embargo, ha quedado claro que en la actualidad este esquema no puede entenderse en un sentido de rigidez, pues su dinamicidad es manifiesta. De allí que sea posible encontrar una serie de situaciones que permiten poner en duda la mencionada restricción, las cuales se mencionan a continuación, teniendo en cuenta que en estos casos la costumbre debería ser considerada *praeter legem*.

a. ABROGACIÓN DE LA LEY POR DESUSO

En términos generales, no es posible pensar que los términos en que las leyes están redactadas pueden ser eternos, pues de lo que se trata es de regular

392 Al respecto ha dicho la Corte Constitucional: "Costumbre *contra legem* es la norma contraria a la ley creada por el Estado, ya se limite a la inobservancia de la misma, o establezca una solución diferente a la contenida en ella. Los dos casos implican que la ley escrita entra en desuso": Corte Constitucional, Sentencia C-224, mayo 5/94, M.P.: Jorge Arango Mejía. Cfr., además, Oviedo Albán, ob. cit., pp. 343-379.

relaciones humanas, las cuales pueden variar de conformidad con múltiples factores –históricos, sociológicos, antropológicos, geográficos, etc.–. Por ello, muchas disposiciones pierden vigencia, hasta tal punto que se pueden considerar absurdas en un momento determinado[393].

Así, cuando una ley en desuso entra en conflicto con una costumbre que la contraría, a pesar de que esta reúne todos los factores de publicidad, generalidad, obligatoriedad y uniformidad, no podría ser fuente de derecho, lo cual puede resultar contrario al sentir de aquellos que la creen como norma aplicable a sus asuntos. De esta manera, Larroumet explica que si bien debería prevalecer la ley, es factible que la jurisprudencia le dé primacía a esa costumbre[394].

Aunque la Corte Constitucional defiende el lugar que tiene la ley frente a la costumbre *contra legem*, por cuanto considera que la prohibición legal es clara, de todas formas encuentra que la fuerza de la costumbre es tal "que hay quienes sostienen que ella alcanza a derogar la ley que le es contraria". No obstante, advierte:

> ... fácilmente puede comprobarse la existencia de leyes que el paso del tiempo ha excluido de la vida social. Con razón escribía Josserand: "En fin, al atribuir a las leyes perennidad, salvo abrogación que resulte de una ley más reciente, se llega a resultados inesperados y bastante ridículos: se sabe, entonces que nuestro Código Civil se llama en realidad Código Napoleón, por no haberse abrogado jamás el Decreto de 1852 que le confirió aquel nombre, y que los fumadores caen bajo el peso de la ley penal, porque una ordenanza de 1634 que había establecido la prohibición de fumar no ha sido nunca derogada. En realidad, el tiempo acaba con todo, hasta con lo ridículo: 'Hasta los dioses se mueren', y lo mismo ocurre con

393 Lo cual denunció Montesquieu: "Las leyes inútiles quitan fuerza a las leyes necesarias": Montesquieu, Ch. (2002). *El espíritu de las leyes*, Madrid, Istmo, libro xxix, cap. xvi, pp. 703 y ss.

394 El autor plantea esta posibilidad en dos casos: (i) cuando exista abrogación de la ley por desuso y (ii) si se trata de una costumbre contraria a una ley no abrogada por desuso: cfr. Larroumet, ob. cit., p. 210. Por tal motivo, en mayo de 2012, el Gobierno colombiano designó una comisión interinstitucional que se encargaría de identificar leyes obsoletas con el fin de obtener su derogatoria expresa por el Congreso. Cfr. "La dispendiosa tarea de derogar lo inútil", en *Ámbito Jurídico*, disponible en: www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-110908-04_(la_dispendiosa_tarea_de_derogar_lo_inutil)/noti-110908-04_(la_dispendiosa_tarea_de_derogar_lo_inutil).asp?print=1, consulta realizada el 12 de agosto de 2013.

las leyes; se gastan a la larga por el uso y se hunden en el olvido, lo mismo que las instituciones y las palabras"[395].

Un ejemplo de lo hasta aquí señalado tiene que ver con la carta de crédito y su regulación en el Código de Comercio colombiano. Según explica RODRÍGUEZ AZUERO, se trata de un "documento peculiar nacido de la celebración del contrato de crédito documentario que refleja los términos y condiciones del mismo"[396]. Este, a su vez, consiste en "el acuerdo mediante el cual, a petición y de conformidad con las instrucciones del cliente, el banco se compromete directamente o por intermedio de un banco corresponsal a pagar a un beneficiario hasta una suma determinada de dinero, o a pagar, aceptar o negociar letras de cambio giradas por el beneficiario, contra la presentación de los documentos estipulados y de conformidad con los términos y condiciones establecidos" (C.Co., art. 1408).

De acuerdo con el ordenamiento colombiano, los artículos 1410 y 1411 C.Co. señalan que el crédito documentario puede ser revocable o irrevocable[397]. Aunque estas disposiciones serían aplicables exclusivamente en el país, siguiendo las normas propias del derecho de contratos en lo pertinente, el tema ha sido regulado *in extenso* por la Cámara de Comercio Internacional (CCI), quien desde 1933 ha creado y modificado las *Reglas y Usos Uniformes para Créditos Documentarios* (RUU en español, UCP en inglés), las cuales van en su versión 600, correspondiente al año 2007[398]. Desde su puesta en vigencia, hace ya más de 80 años, esta preceptiva ha buscado mitigar la confusión creada en el comercio internacional por la promoción de diferentes normas nacionales que trataban de regular, de forma independiente, las prácticas en los créditos documentarios[399].

395 JOSSERAND, H. (1952). *Derecho civil*, t. 1, vol. 1, Ejea, Buenos Aires, p. 107, cit. en Corte Constitucional, Sentencia C-224, mayo 5/94, M.P.: JORGE ARANGO MEJÍA.

396 RODRÍGUEZ AZUERO, S. (2009). *Contratos bancarios. Su significación en América Latina*, 6.ª ed., Legis, Bogotá, p. 551.

397 "El crédito será revocable, salvo que expresamente se estipule en la carta lo contrario": art. 1410 C.Co.). "El crédito será revocable por el banco emisor en cualquier tiempo, mientras no haya sido utilizado por el beneficiario. Utilizado en parte, conservará su carácter de tal solo en cuanto al saldo": art. 1411 C.Co.).

398 El texto completo en español de las RUU(UCP)600 se encuentra disponible en: www.comexpanda.com/es/portafolio-ucp-600-espanol/, consulta realizada el 31 de agosto de 2013.

399 Al respecto, cfr. "Mejorando el entendimiento del comercio internacional. Las nuevas UCP(RUU)600", *El mirador*, 30 de abril-24 de mayo, n.° 161, p. VIII, disponible en: www.nueva-

Verificando los usos del comercio entre los comerciantes de los diferentes países, la CCI desarrolló este articulado, el cual sobrepasa las normas y va mucho más allá de lo regulado por cada uno de ellos, convirtiéndose en la normativa vigente global, cuya aceptación universal permite regular el crédito documentario en el mundo. Sin embargo, para que estas disposiciones sean de aplicación a un crédito documentario el texto del crédito debe señalar expresamente que está sujeto a tales reglas, tal como lo establece el artículo 1.° RUU(UCP)600.

Lo interesante de este asunto es que en varias de sus disposiciones se indica que el crédito documentario es irrevocable "incluso cuando no haya indicación al respecto" (art. 3.°). Al ser entonces este documento fruto de la costumbre internacional, pero obligatorio por cuanto los bancos internacionales se han adherido voluntariamente a sus disposiciones, son sus reglas las que son aplicables a los negocios en los que existan cartas de crédito[400]. Es decir, la revocabilidad contenida en los artículos 1410 y 1411 C.Co. colombiano resulta inocua frente a la realidad de los negocios internacionales. Este punto será analizado con posterioridad.

b. PRIMACÍA DE LA COSTUMBRE FRENTE A LA LEY

Citando a CRUET y DUALDE, SUÁREZ MORIONES señala que a pesar de que casi la totalidad de los ordenamientos jurídicos basan su jerarquía de fuentes en la ley, en aquellos eventos en los que se encuentran en pugna la ley y la costumbre debería optarse por la última. De tal forma que la anterior cumplirá su función de "costumbre-abrogante", al servir como origen del derecho[401].

Un ejemplo de lo previamente mencionado se encuentra en la Ley 3.ª de la Ley 1/1973, del 1.° de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (España). Según esta disposición: "La costumbre que no se oponga a la moral o al orden público, aunque sea contra ley, prevalece sobre el derecho escrito. La costumbre local tiene preferencia respecto a la general"[402].

gestion.com/euskadi/index.php/ngestion/content/download/25193/477244/file/viii.pdf, consulta realizada el 31 de agosto de 2013.

400 RODRÍGUEZ AZUERO, ob. cit., pp. 573 y 574.

401 SUÁREZ MORIONES, ob. cit., p. 227.

402 Disponible en: www.lexnavarra.navarra.es/detalle.asp?r=1277, consulta realizada el 12 de agosto

Igualmente, es posible encontrar eventos en los que los usos comerciales internacionales pueden ser contrarios a las disposiciones legales vigentes de un país. En estos casos, resulta absurdo e ilógico reconocerle validez exclusiva a la ley, basando tal posición en un concepto desfasado de soberanía, el cual jamás puede ir en contra de la realidad mercantil[403].

c. EL ENROQUE MERCANTIL A LA COSTUMBRE CIVIL

En el derecho colombiano existe un caso de costumbre válida en contra del derecho reglado, consistente en que si una costumbre de naturaleza mercantil se opone a la legislación civil, se debe preferir aquella, en virtud del principio de especialidad[404]. Esta situación es explicada por Oviedo en los siguientes términos:

> ... existe en nuestro derecho privado un caso en que la costumbre *contra legem* tiene valor, cuando se trate de costumbres mercantiles que por expresa disposición del artículo 3.° del Código de Comercio tienen el mismo valor de la ley mercantil, la cual a su vez prima en materias comerciales sobre la ley civil. En este caso deberá preferirse la costumbre mercantil sobre la ley civil, aun cuando le sea contraria, haciendo las salvedades indicadas expresamente, es decir: los casos de remisión directa a la ley civil[,] como sucede con el artículo 822 del Código de Comercio[405].

---

de 2013. Aún más interesante resulta que, en la escala de fuentes de la mencionada compilación, la costumbre prime sobre la ley.

403 Respecto de este asunto se volverá en un capítulo posterior, al tratar la incorporación de la costumbre internacional en los preceptos de la Ley 518 de 1999, normativa con la que se aprueba para Colombia la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. Ello da lugar a una recategorización de la costumbre internacional en el sistema de fuentes del derecho comercial. Al respecto, cfr. Oviedo Albán, ob. cit., pp. 343-379.

404 Suárez Moriones, ob. cit., pp. 227 y 228. De la misma opinión Narváez García, quien señala: "Si el legislador le confirió categoría de regla supletoria, a falta de norma escrita, tiene la virtud de desplazar y estar por encima de la ley civil. Y en consonancia con la autonomía y especialidad de esta rama del derecho privado patrimonial, es deber del intérprete agotar la normativa mercantil antes de acudir a la civil": Narváez García, ob. cit., p. 109.

405 Oviedo Albán, ob. cit., pp. 343-379. Esta posición encuentra como fundamento adicional lo dicho por la Corte Suprema de Justicia: "Los arts. 1.° a 9.° del C. de Comercio, consagran las fuentes formales del derecho mercantil colombiano, estableciendo una jerarquía en el orden de aplicación. Conforme a lo prevenido en tales disposiciones, las situaciones o relaciones jurídicas de este linaje se rigen prioritariamente por la ley mercantil. Si ella no regula la situación específica que se suscita, debe recurrirse a la solución que la ley comercial haya dado a una situación semejante, es decir, a la analogía interna, mediante la cual se colman las lagunas de la ley, que dado su carácter general y abstracto no puede prever todas las situaciones que

d. EXTRALEGALIDAD DE LA COSTUMBRE 'PRAETER LEGEM'

La costumbre *praeter legem* nunca podrá entrar en conflicto con una ley, por cuanto aquella tiene como función reglar asuntos que no se encuentran cubiertos por una norma. Es decir, si este tipo de costumbre se encuentra por fuera de la ley no puede contrariarla. Por ello, Larroumet señala: "No se presenta, entonces, conflicto entre la costumbre y la ley. Por lo tanto, hay imposibilidad de conflicto"[406].

e. PREFERENCIA DE LA COSTUMBRE FRENTE A LA LEY SUPLETIVA EN MATERIA CONTRACTUAL

Como quedó precisado con anterioridad, los contratantes están facultados para celebrar sus acuerdos de la manera como a ellos mejor les convenga, siempre y cuando sus estipulaciones giren en torno de un marco que respete el orden legal, la moral y las buenas costumbres. Sin embargo, respecto de los contratos típicos, es decir, aquellos que están reglamentados expresamente por la ley, cuando las partes no se refieren a un punto en particular, pero que está regulado en el aspecto que fue pasado por alto, será cubierto *ipso jure* por la norma pertinente.

Como se aprecia, la ley en estos casos será la última opción que tienen las partes para regular sus cláusulas contractuales. Pero, ¿qué sucedería desde la teoría en aquellos eventos en los que existe una costumbre que regula el asunto, pero cuyo contenido choca con una ley supletiva? Si se analiza detenidamente el contenido del artículo 3.° C.Co., en ningún momento se hace distinción respecto de cuál es la clase de ley a la que se dirige. Si esto es

---

pueden surgir en la práctica (C. Co., art. 1.°). Si con tal procedimiento tampoco se encuentra la solución, debe acudirse a la costumbre, que de reunir las condiciones señaladas por el art. 3.° *ejusdem*, tiene la misma fuerza normativa de la ley mercantil y por ende resulta de aplicación preferente a las normas del derecho civil, a las cuales el artículo 2.° permite acudir para llenar las deficiencias del derecho mercantil positivo o consuetudinario, pero por virtud de aplicación subsidiaria. Sin embargo, cuando es la misma ley mercantil la que de manera expresa invoca la regulación de la ley civil, la aplicación de esta no es subsidiaria, sino principal y directa, por lo que pudiera denominarse mercantilización de la norma civil, ya que se da una integración o reenvío material de normas": Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Exp. 4798, marzo 27/98, M.P.: José Fernando Ramírez Gómez.

406 Larroumet, ob. cit., p. 210.

así, es claro que carecerá de autoridad legal toda costumbre que contradiga lo dispuesto en cualquier tipo de ley –imperativa, dispositiva o supletiva–.

Sin embargo, debe reiterarse en este punto lo que ya ha sido mencionado hasta este momento respecto de la fuerza normativa de la costumbre, pues a pesar de la subordinación que tiene frente a la ley, esta última puede desconocer la realidad fáctica que alimenta a aquella, y que es la que le da precisamente su obligatoriedad. Más aún cuando es la costumbre una fuente tan importante como la propia ley, pues sus funciones ya quedaron plenamente determinadas.

A fin de evitar este choque de fuentes cabe atender los comentarios de LARROUMET, para quien de todas formas lo que debe primar es la ley. Sin embargo, el autor brinda una posible solución, expresada en términos según los cuales, "[c]uando existe costumbre en presencia de una ley supletoria, [...] debe prevalecer aquella bajo la condición de probar que los sujetos de derecho no tomaron en cuenta la ley para adoptar la costumbre. En caso contrario, es la ley la que debe prevalecer puesto que, en un sistema de derecho legal, es evidente que la ley constituye la fuente superior de derecho"[407].

Sin embargo, se insiste en que el sistema de fuentes ha sido construido por seres humanos y como tal no puede ser absoluto ni perfecto, pues se debe acomodar a las realidades cambiantes y al devenir de la historia. Ha quedado suficientemente demostrado que en la actualidad la ley no es la fuente del derecho de la que devienen todas las demás, pues dentro de un sistema de principios se ha transitado del esquema de soberanía legal a la soberanía constitucional. E igual ocurre con la realidad fáctica que alimenta la realidad normativa.

Una posición similar es compartida por CÓRDOBA ACOSTA, quien explica que en materia de contratos las costumbres se confunden con estipulaciones contractuales. A su juicio, ambas tienen el mismo valor que la ley, pero mientras aquellas tienen vocación general una vez han sido certificadas o admitidas, estas tienen su valor en las relaciones *inter partes*. Por ello, frente al tema que se aborda, resultaría absurdo de cara al derecho, mas no de cara a la ley, que una costumbre que ha sido recogida en una cláusula convencional no pueda derogar en ese negocio específico una ley supletiva, más aún

407 Ibíd.

teniendo en cuenta que la ley les permite a las partes derogar expresamente los elementos naturales de los contratos[408].

3.1.5.5. CLASES DE COSTUMBRE SEGÚN SU TERRITORIALIDAD Y SUS FORMAS DE PRUEBA

De acuerdo con el criterio de generalidad y territorialidad de la costumbre, esta debe tener un ámbito de aplicación que permita establecer cuál es realmente el vínculo de obligatoriedad que hay entre ella y quienes se encuentran cobijados por sus efectos en un espacio geográfico específico, y plantear de esta forma su validez. Es así como el Código de Comercio colombiano se refiere a la costumbre desde el territorio en que se practica, clasificándola de cuatro formas.

En efecto, el inciso 2.º del artículo 3.º se refiere a la costumbre local y a la nacional. Con anterioridad, el artículo 8.º se refería a la costumbre extranjera, pero esta disposición fue derogada expresamente por el Código General del Proceso, como se verá con posterioridad, lo cual hace que esta clasificación se analice a partir de la entrada en vigencia de esta normativa, desde la ley procesal[409]. Finalmente, el artículo 9.º C.Co. se refiere a la costumbre mercantil internacional. No obstante, solamente son fuentes formales las tres primeras, por cuanto el artículo 7.º del mencionado estatuto señala que la internacional es una fuente subsidiaria o auxiliar, según se precisará más adelante.

De acuerdo con lo anterior, si bien las costumbres local, nacional y extranjera, según el Código de Comercio, tienen la misma autoridad que la ley, algún sector de la doctrina duda de la necesidad de su prueba[410]. Sin embargo, esto no ocurre en Colombia, pues la ley establece una tarifa legal

408 CÓRDOBA ACOSTA, P. (2009). "Las estipulaciones contractuales y la costumbre mercantil", *Costumbre Mercantil*, Cámara de Comercio de Bogotá, pp. 63 y 64.

409 En materia de jerarquía de la costumbre, según dispone el artículo 3.º C.Co., la costumbre local prevalece sobre la nacional, la cual se convierte en subsidiaria de aquella. Por su parte, tanto la extranjera como la internacional tienen aplicación inmediata si son recogidas por las partes en sus estipulaciones contractuales. Sin embargo, la extranjera se puede invocar en un procedimiento cuando se busque establecer la manera como las partes realizan sus contratos en un ámbito geográfico determinado. Todo esto se verá a continuación.

410 VIVANTE, C. (1932). *Tratado de derecho mercantil*, I, Reus, Madrid, 84 y 85; ROCCO, ob. cit., p. 134; PINZÓN, ob. cit., pp. 115 y 116; BERDUGO GARAVITO & BUILES VARGAS, ob. cit., p. 137.

respecto de la forma en que cada una de ellas se debe demostrar[411]; esto por cuanto, al tratarse de prácticas comunes que se dan en el desarrollo de los negocios, no es posible exigirle al juez su pleno conocimiento, lo que sí se puede predicar de la ley[412]. Es decir que, si bien su trascendencia es pública, de todas maneras no alcanza la notoriedad suficiente para que el magistrado la conozca. De allí que HAMEL y LAGARDE afirmen: "el que invoca una costumbre debe probar que ella existe y que le es aplicable"[413].

A pesar de lo anterior, MARTÍNEZ NEIRA plantea una postura realmente interesante y disidente respecto de la mayoría, al indicar que si bien la costumbre como fuente no escrita debe probarse, el juez puede indagar de oficio sobre su existencia, "para evitar caer inexorablemente en el derecho civil, frente a casos en los cuales los usos mercantiles tienen sus propios dictados y pueden determinar soluciones diferentes a los que planea el derecho común"[414]. Así lo indica además ROMERO, para quien, al ser la costumbre derecho, el juez debe conocerla –*iura curia novit*– y, por lo tanto, no debe ser probada[415].

En cualquier caso, si la costumbre resulta demostrada en un proceso no podrá ser desconocida en cuanto a su autoridad y eficacia como ley, y por ello el juez la deberá reconocer[416]. Pero, cabe preguntarse, ¿con qué propósito se invoca una costumbre en un proceso?

411 "Porque no se trata, ni puede tratarse, de una prueba común, esto es, igual a la que ha de producirse en cualquier controversia judicial, ya que hace falta que se produzca, al mismo tiempo, una especie de calificación sobre la fidedignidad de la prueba, inferida de las circunstancias en que se manifiesta la regla consuetudinaria; ni puede, por esta misma razón, ser igual la prueba para las tres clases de costumbres a que se refieren los artículos 6.°, 8.° y 9.° del Código": PINZÓN, ob. cit., p. 117.

412 Como lo indica el inciso 1.° del artículo 230 C.P.: "Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley". Véase MADRIÑÁN DE LA TORRE & PRADA MÁRQUEZ, ob. cit., p. 58.

413 HAMEL, J. & LAGARDE, G. (1954). *Traité de droit commerciale*, Dalloz, 1, París, 46, cit. en PINZÓN, ob. cit., p. 116. No obstante, este último precisa que existe otra postura doctrinaria en la que algunos autores señalan que, al tener la costumbre los mismos efectos que la regla legal, si el juez la conoce debe aplicarla, así las partes no la hubieran alegado. Cfr., además, VELÁSQUEZ RESTREPO, *ob. cit.*, p. 113.

414 "Desde esta perspectiva, es atentatoria de la especialidad del derecho comercial, la práctica judicial que jamás indaga sobre la costumbre mercantil, acompañada más recientemente de la indiferencia de las cámaras de comercio por divulgar su existencia": MARTÍNEZ NEIRA, ob. cit., p. 139.

415 ROMERO, ob. cit., p. 35.

416 MADRIÑÁN DE LA TORRE & PRADA MÁRQUEZ, ob. cit., p. 59.

Son múltiples las respuestas que pueden surgir a este interrogante, entre las cuales se encuentran, a título de ejemplo: (i) determinar el alcance de la costumbre; (ii) precisar si estaba en vigor o no en el momento en que ocurrió el acto o surgió la situación que debía regirse por ella, y (iii) establecer si ha sido aplicada anteriormente y, en caso afirmativo, cuál ha sido la interpretación que el juzgador le ha dado[417].

En todo caso, VELÁSQUEZ RESTREPO señala que para que el comerciante obtenga una declaración favorable al alegar la costumbre deberá demostrar: (i) el sustrato material, es decir, el uso; (ii) las cualidades objetivas y subjetivas; (iii) su vigencia temporal, es decir, que está vigente; (iv) su conformidad con la ley, y (v) su vigencia territorial[418].

A continuación se hará referencia a las clases de costumbre según el territorio, consideradas fuentes formales del derecho comercial colombiano: local, nacional y extranjera[419].

3.1.5.5.1. COSTUMBRE LOCAL

Llamada también regional, se funda en una práctica social observada en una determinada plaza comercial del país, es decir, una zona geográfica determinada[420]. Según el Código de Comercio, esta clase de costumbre tiene primacía sobre las demás, habida cuenta de que su ámbito reducido hace que sus requisitos se precisen de forma más concreta.

Las costumbres locales deben ser recopiladas por las cámaras de comercio de la circunscripción donde se realizan, y estas entidades tienen como función certificar sobre su existencia, como lo prevé el numeral 5 del artículo 86 C.Co. No obstante, debe aclararse que las prácticas mercantiles se realizan al vaivén de los negocios y no dependen de la certificación mencionada. Es decir, la recopilación que realizan las cámaras no abarca la totalidad de las costumbres que existen en una jurisdicción determinada, pues hay otras que se quedan por fuera, pero que también tienen la misma naturaleza y autoridad legal.

417 NARVÁEZ GARCÍA, ob. cit., p. 114.

418 VELÁSQUEZ RESTREPO, ob. cit., p. 113.

419 La costumbre internacional se estudiará entonces como fuente subsidiaria, con posterioridad.

420 LARROUMET, ob. cit., p. 208; PINZÓN, ob. cit., p. 114; NARVÁEZ GARCÍA, ob. cit., p. 113; BERDUGO GARAVITO & BUILES VARGAS, ob. cit., p. 137.

Por ello, resulta importante precisar qué entiende la ley por la palabra 'local' y cómo ha sido entendida por las cámaras de comercio. En una de sus acepciones este término significa: "perteneciente o relativo al lugar"[421], que a su vez quiere decir: "sitio o espacio" o "ciudad, villa o aldea"[422]. Para determinar cómo debe adelantarse esta labor se debe recurrir a la competencia territorial de estas entidades, lo cual se encuentra contenido en el Decreto 622 de 2000, normativa que señala cuáles son los municipios que constituyen la jurisdicción de las 56 cámaras de comercio del país[423]. Sin embargo, los procedimientos realizados por estas instituciones únicamente se realizan en el municipio base. Incluso, las costumbres certificadas por cada una de ellas corresponden solamente a esas ciudades, según se aprecia en las páginas de internet de cada cámara.

Pero, ¿qué ocurre por ejemplo en una jurisdicción como la de la Cámara de Comercio de Bogotá? ¿Será que no es posible que en la ciudad de Soacha se tenga una costumbre distinta a la de una ciudad relativamente lejana como, por ejemplo, Zipaquirá? Igual podría suceder en Medellín, respecto de Santa Fe de Antioquia o Santa Rosa de Osos. Claramente, la idiosincrasia puede ser parecida pero no idéntica, por cuanto las regiones son diferentes y en cada lugar los negocios varían, según las necesidades del comercio.

Por ello, se hace necesario que las cámaras de comercio en realidad verifiquen verdaderamente las costumbres locales de todos los municipios que se encuentran en cada una de sus jurisdicciones, y no solamente aquellas que corresponden a la ciudad base que les da su nombre. De esa manera se cumple realmente con el objetivo previsto por la ley, que es el recopilar las costumbres locales y entender realmente cómo son las conductas mercantiles en la práctica.

En materia probatoria, el Código General del Proceso trajo modificaciones sustanciales respecto de la prueba de la costumbre contenida en el Código de Procedimiento Civil. Estas disposiciones entrarán en vigencia a partir del 1.° de enero de 2014[424].

421 Disponible en: http://lema.rae.es/drae/?val=local, consulta realizada el 30 de agosto de 2013.

422 Disponible en: http://lema.rae.es/drae/?val=lugar, consulta realizada el 30 de agosto de 2013.

423 Este reglamento ha sido modificado en dos oportunidades: (i) Decreto 907 de 2000, que indica los municipios que son de jurisdicción de la Cámara de Comercio de Villavicencio, y (ii) Decreto 2274 de 2005, el cual señala los municipios que corresponden a las cámaras de comercio de Barrancabermeja y Bucaramanga.

424 Ley 1564 de 2012.

Lo primero que hay que precisar es que los artículos 178 y 179 ibídem[425] explican cómo se prueba la costumbre. Mientras el primero se refiere a la "prueba de los usos y costumbres", el segundo determina cómo es la "prueba de la costumbre mercantil". Lastimosamente, el legislador cometió la misma imprecisión que existía en el Código de Procedimiento Civil, por cuanto el artículo 179 no se refiere a la prueba de la costumbre local. Es decir, desde el punto de vista procesal esta última no hace parte de la costumbre mercantil, por cuanto la mencionada disposición indica cómo debe probarse la nacional, la extranjera y la "mercantil internacional"[426], como se verá luego.

Esta omisión resulta grave, por cuanto esta norma es posterior y, por ende, resulta especial frente a la primera, lo cual hace que se desarticule el sistema. En otras palabras, la manera como quedaron construidas las disposiciones mencionadas, al igual que sucedió con el Código de Procedimiento Civil, hace que la costumbre civil, laboral, etc. se regule por el artículo 178, y que la costumbre mercantil local quede por fuera de cualquier clase de norma que indique cómo se debe probar. A pesar de lo anterior, la doctrina entiende que también la costumbre local se ha de probar con base en el contenido de este artículo.

La disposición en cita establece: "*Prueba de usos y costumbres*. Los usos y costumbres aplicables conforme a la ley sustancial deberán acreditarse con documentos, copia de decisiones judiciales definitivas que demuestren su existencia y vigencia o con un conjunto de testimonios".

3.1.5.5.2. COSTUMBRE NACIONAL

Llamada también general, es la observada en todo o en gran parte del territorio colombiano. Suple la falta de costumbre local cuando no es contraria a ningún precepto escrito y cuando los hechos constitutivos de la misma son

425 En el Código de Procedimiento Civil que expira, la materia se encontraba regulada en los artículos 189 y 190. Adicionalmente, debía verificarse lo indicado en el artículo 6.° C.Co., norma que completaba el precepto. Sin embargo, esta disposición quedó derogada expresamente por el literal c) del artículo 626 CGP. Por ello, resulta exótica la posición de MADRIÑÁN DE LA TORRE y PRADA MÁRQUEZ, quienes intentan explicar la entrada en vigencia del nuevo código procesal, pero analizándolo en concordancia con el artículo derogado: cfr. MADRIÑÁN DE LA TORRE y PRADA MÁRQUEZ, ob. cit., pp. 59 y 60.

426 Término que se explicará más adelante.

públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde deba aplicarse[427]. Según dispone el artículo 96 C.Co., estas costumbres deben ser recopiladas por las confederaciones de cámaras de comercio.

Respecto de esto último resulta conveniente hacer varias precisiones. La primera tiene que ver con el verbo 'recopilar'. Como se aprecia, a diferencia de lo dispuesto para las costumbres locales, estas deben ser certificadas por las cámaras de comercio, según lo establece el artículo 86 C.Co.

Mientras 'certificar' consiste en: "Hacer constar por escrito una realidad de hecho por quien tenga fe pública o atribución para ello"[428], 'recopilar' es: "Juntar en compendio, recoger o unir diversas cosas, especialmente escritos literarios"[429]. En consecuencia, se trata de dos cosas distintas que no significan lo mismo.

Entonces, para que las confederaciones de cámaras de comercio puedan realizar la función establecida por la ley deben tener una reglamentación expedida por el Gobierno Nacional que desarrolle lo indicado por el artículo 96 C.Co. Cuando menos, una normativa de tal índole debería decir cómo se tendría que desarrollar esa labor, por ejemplo, señalando que se han de reunir todas las costumbres que han sido certificadas por las diferentes cámaras de comercio y que tienen aplicación similar en todo o parte del territorio nacional[430].

Sin embargo, transcurridos más de 40 años de expedido el estatuto mercantil en Colombia, esta norma nunca ha sido reglamentada. Por otra parte, en el país solamente existe una confederación de cámaras de comercio, Confecámaras, la cual agremia a todas estas entidades[431]. Precisamente, por esta falta de atribuciones legales la entidad nunca ha realizado la mencionada labor.

No obstante, el hecho de que la costumbre nacional no sea certificada debidamente, como lo menciona el artículo 96 C.Co., no quiere decir que no exista o que no pueda ser invocada en un litigio, cualquiera que sea su naturaleza. Es así como el artículo 179 CGP señala:

427 LARROUMET, ob. cit., p. 208; VELÁSQUEZ RESTREPO, ob. cit., p. 111; BERDUGO GARAVITO y BUILES VARGAS, ob. cit., p. 137; NARVÁEZ GARCÍA, ob. cit., pp. 112 y 113; PINZÓN, ob. cit., p. 114.

428 Véase: http://lema.rae.es/drae/?val=certificar, consulta realizada el 15 de agosto de 2013.

429 Véase: http://lema.rae.es/drae/?val=recopilar, consulta realizada el 15 de agosto de 2013.

430 Es el caso, por ejemplo, del corte del día o "*check out*" en los hoteles, el cual se realiza a las 3:00 p.m., lo cual se ha certificado así por todas las cámaras de comercio del país.

431 Al respecto, cfr.: www.confecamaras.org.co, consulta realizada el 15 de agosto de 2013.

La costumbre mercantil nacional y su vigencia se probarán:

1. Con el testimonio de dos (2) comerciantes inscritos en el registro mercantil que den cuenta razonada de los hechos y de los requisitos exigidos a los mismos en el Código de Comercio.

2. Con decisiones judiciales definitivas que aseveren su existencia, proferidas dentro de los cinco (5) años anteriores al diferendo.

3. Con certificación de la cámara de comercio correspondiente al lugar donde rija...

Respecto de este último numeral, existe una imprecisión del legislador al crear esta norma. Como se dijo anteriormente, las cámaras de comercio certifican las costumbres locales y las confederaciones de cámaras de comercio recopilan las nacionales. Sin embargo, en esta disposición se indica que la costumbre nacional se prueba con la certificación expedida al respecto por la cámara de comercio, lo cual nunca podrá ocurrir[432].

3.1.5.5.3. COSTUMBRE EXTRANJERA

Es la regla de conducta no escrita que de tiempo atrás y de modo continuo se acata en una localidad o en todo el territorio de un Estado distinto de Colombia[433]. Su función, en palabras de VELÁSQUEZ RESTREPO, es la de interpretar las cláusulas de contratos internacionales que involucren partes nacionales o cuyas prestaciones se deban cumplir en el país[434].

Según lo dispone el artículo 179 CGP, la costumbre mercantil extranjera y su vigencia se deben acreditar con una certificación del respectivo cónsul

432 Una posición similar es mencionada por MADRIÑÁN DE LA TORRE & PRADA MÁRQUEZ, ob. cit., p. 61.

433 BERDUGO GARAVITO & BUILES VARGAS, ob. cit., p. 137; NARVÁEZ GARCÍA, ob. cit., p. 113; PINZÓN, ob. cit., p. 114.

434 No obstante, el autor plantea una fuerte crítica de esta figura, al precisar que no es fuente formal del derecho mercantil, por cuanto admitir una costumbre extranjera constituiría una abdicación de la soberanía nacional (VELÁSQUEZ RESTREPO, ob. cit., p. 111). Con todo respeto, el doctrinante olvida que el comercio actual no obedece a las reglas de soberanía sino que se trata de un fenómeno globalizado y que los negocios comerciales cada día tienen menos fronteras. Por tal motivo, ante una controversia es preciso verificar las pautas de conducta que en su idiosincrasia entrañan los contratantes y entender de esta forma la manera como ellos realizan sus contratos para brindar una verdadera solución jurídica al caso examinado.

colombiano o, en su defecto, del de una nación amiga. Así, indica la norma en comento:

> Dichos funcionarios para expedir el certificado solicitarán constancia a la cámara de comercio local o a la entidad que hiciere sus veces y, a falta de una y otra, a dos (2) abogados del lugar con reconocida honorabilidad, especialistas en derecho comercial. También podrá probarse mediante dictamen pericial rendido por persona o institución experta en razón de su conocimiento o experiencia en cuanto a la ley de un país o territorio, con independencia de si está habilitado para actuar como abogado allí[435].

3.1.6. LA LEY CIVIL

Uno de los puntos más complicados en el sistema de fuentes formales del derecho comercial colombiano tiene que ver con la aplicación de la ley civil, puesto que la doctrina no es unánime en cuanto a su ubicación en la jerarquía. Mientras cierto sector señala que esta se sitúa en la misma posición de la ley mercantil, otros precisan que para que ello sea posible esta deberá dividirse en ley imperativa, trasladando a la ley supletiva al final de la cadena. El resto de los autores señalan que en ningún momento puede ser fuente del derecho mercantil.

Esta discusión tiene su origen en el artículo 2.º C.Co., que establece: "En las cuestiones comerciales que no pudieren regularse conforme a la regla anterior, se aplicarán las disposiciones de la ley civil". De esta manera, la normativa señala que los comerciantes y los asuntos mercantiles se deben regir, en primer lugar, por la ley comercial; en lo no regulado por ella, a través de la analogía con otras normas mercantiles; y, posteriormente, a falta de disposición aplicable, se tendrán que usar las reglas civiles.

Sin embargo, esto no resulta tan fácil, por cuanto el derecho civil es un ordenamiento especial dentro del derecho privado y, por ende, primero debe agotarse todo el sistema de fuentes mercantiles para luego, de forma residual,

435 Cabe precisar que antes de la entrada en vigencia de esta norma, la misma se regulaba por lo dispuesto en el artículo 188 CPC, complementado por el artículo 8.º C.Co. Sin embargo, esta última disposición fue derogada expresamente por el literal c) del artículo 626 CGP. Igualmente, resulta extraña la concordancia indicada en esta materia por MADRIÑÁN DE LA TORRE y PRADA MÁRQUEZ, quienes analizan este tema con relación al artículo derogado: cfr. MADRIÑÁN DE LA TORRE & PRADA MÁRQUEZ, ob. cit., pp. 61 y 62.

proceder a la aplicación de la ley civil[436]. Esto resulta muy importante para algunos autores clásicos, como ROCCO, quien es enfático en afirmar que el derecho civil no puede ser fuente del derecho comercial, por cuanto este último

> ... contiene la especial reglamentación jurídica de las relaciones mercantiles como tales; la regulación de las relaciones mercantiles como relaciones entre particulares o privadas hay que buscarla siempre en el derecho civil. Hasta donde alcance la norma especial, reguladora de las relaciones mercantiles, consideradas estas como clase especial de relaciones privadas, es ella la que debe aplicarse; cuando desfallezca, aparece el derecho civil, que rige las relaciones de toda clase de índole privada, y entre ellas, por tanto, las mercantiles[437].

Esta línea de pensamiento es seguida especialmente por PINZÓN, quien reitera que la ley civil no es una fuente propiamente dicha del derecho comercial, sino una reglamentación general, común a todas las relaciones privadas que

436 Esto coincide con lo mencionado por GARRIGUES, quien señala que formalmente el derecho civil no es fuente del derecho sino otra rama del derecho privado que, a su vez, tiene su fundamento en otra escala de fuentes. "Materialmente parece extraño que, siendo el derecho mercantil un derecho especial en relación al derecho civil, puedan ser consideradas las fuentes del derecho civil como fuentes del derecho mercantil, con el contrasentido que supone convertirse lo general en fuente de lo especial. Las normas civiles no pierden su naturaleza por el hecho de ser invocadas por el Código de Comercio y traídas al campo de las relaciones mercantiles. La ley civil es, sin duda, fuente del derecho de la materia mercantil. Pero derecho de la materia mercantil y derecho mercantil no son conceptos equivalentes. Derecho mercantil es el derecho especial de la materia mercantil, y las normas civiles, aunque se apliquen a la materia mercantil, no se convierten en normas del derecho especial de la materia": GARRIGUES, *ob. cit.*, p. 130. De igual opinión ROMERO, quien señala: "A las relaciones mercantiles se aplican reglas civiles cuando corresponda, pero no porque sean preceptos de derecho comercial, ni supletoriamente, sino tan solo porque son derecho positivo, un derecho vigente, aplicable con carácter general, para todas las cuestiones que no hayan sido resueltas por una norma especial de las que constituyen fuentes formales propiamente dichas del derecho comercial": ROMERO, ob. cit., p. 31.

437 "... importa fijar exactamente esta función del derecho civil para con la materia mercantil, no solo para precisar conceptos jurídicos, sino para esquivar una confusión en que suele incurrirse al decir que el derecho civil es fuente del derecho comercial; porque implícitamente equivale a afirmar que este, en algunos casos, asume el carácter de derecho particular de comercio, y no es así: si alguna vez se aplica a relaciones comerciales, siempre se emplea como tal el derecho civil, o sea, en concepto de derecho común de las relaciones privadas (...). El derecho común se aplica a materia regida por normas especiales o excepcionales, cuando se carezca de precepto especial, y precisamente porque es derecho común, no porque se transforme en derecho particular o especial; por consiguiente, para resolver cuándo el derecho civil es aplicable en materia comercial hay que resolver primeramente si no existe norma especial jurídica mercantil para la relación comercial; problema sencillo de interpretación": ROCCO, ob. cit., pp. 3 y 4.

carecen de regulación especial independiente. "Porque el derecho privado, como expresión de un orden jurídico es esencialmente unitario, opera por medio de reglamentaciones generales y de reglamentaciones especiales, dentro de una jerarquía normativa en la que estas prevalecen sobre aquellas y en la que las normas generales –sin dejar de ser generales o comunes– operan solamente en defecto de las especiales, que no absorben sino que dan paso a las generales"[438].

En este mismo sentido se orienta la exposición de motivos del anteproyecto de Código de Comercio de 1958, el cual a la postre condujo a la idéntica regulación sobre la materia en el Código de 1971, al señalar:

> Las disposiciones civiles son, pues, las últimas que se aplican a los asuntos de comercio, no como reglas de derecho comercial propiamente, sino como reglas de derecho común. Se reduce considerablemente su campo de aplicación, puesto que primero han de aplicarse los varios grupos de reglas que quedan enunciadas. Las únicas disposiciones del Código Civil que se aplican en el mismo orden que corresponde a las disposiciones de la ley comercial son las que esta invoca expresamente, con lo cual no es que dejen de ser normas de derecho civil para convertirse en normas de derecho comercial, sino que, como reglas de derecho común, adquieren una prelación u orden de aplicación que no tendrían sin esa invocación expresa de la ley mercantil, porque satisfacen las conveniencias de la vida de los negocios o porque corresponden a cuestiones en las que no es necesario romper la unidad orgánica del derecho privado[439].

Una vez hecha esta disquisición jurídica, es posible precisar que en la escala de fuentes formales del derecho comercial colombiano la ley civil puede ser aplicada de dos formas: (i) por remisión expresa del ordenamiento mercantil, y (ii) en virtud de la falta de norma directa comercial aplicable al asunto en concreto, después de haberse intentado la analogía con la propia ley mercantil.

438 Pinzón, ob. cit., pp. 77 y 78; Madriñán de la Torre & Prada Márquez, ob. cit., p. 46. En el derecho argentino la discusión también se plantea en iguales términos: Gebhardt & Gersovich, ob. cit., p. 106; Romero, ob. cit., p. 36; Fontanarrosa, ob. cit., pp. 24 y 25.

439 Ministerio de Justicia (1958). *Proyecto de Código de Comercio*, Imprenta Nacional, Bogotá, p. 14.

3.1.6.1. Normas civiles directamente aplicables a la materia mercantil –por remisión expresa–

En ciertos casos, el Código de Comercio se abstiene de hacer una regulación directa respecto de algunos asuntos y remite directamente al Código Civil. Cuando esto sucede las normas invocadas expresamente adquieren la misma autoridad de ley mercantil sin dejar de ser civiles, y solamente pueden ser aplicables directamente cuando la ley comercial lo señala de manera expresa, pues en los demás casos la aplicación es subsidiaria[440].

Sin embargo, Mantilla Espinosa y Ternera Barrios consideran que estas remisiones expresas a la legislación civil constituyen una verdadera incorporación de textos en el ordenamiento comercial. En términos más precisos, señalan que las disposiciones a las cuales remite el legislador mercantil hacen parte del Código de Comercio "y que el mecanismo de la remisión cumple una mera función de economía de medios: ¿para qué transcribir si se puede reenviar?"[441].

En el Código de Comercio se encuentran múltiples ejemplos de remisión directa, entre los cuales se destacan los siguientes: (i) toda persona que según las leyes comunes tenga capacidad para contratar y obligarse es hábil para ejercer el comercio; las que con arreglo a esas mismas leyes sean incapaces son inhábiles para ejecutar actos comerciales[442] (art. 12); (ii) si el aporte es de cosas determinadas solo por su género y cantidad, la obligación del aportante se regirá por las reglas del Código Civil sobre las obligaciones de género (art. 127); (iii) será anulable el negocio jurídico celebrado por persona relativamente incapaz, y el que haya sido consentido por error, fuerza o dolo, conforme al Código Civil (art. 900); (iv) son aplicables a la anticresis las normas relativas al derecho real de usufructo (arts. 823-869 C.C.), en cuanto no sean incompatibles con la naturaleza de aquella (art. 1223 C.Co.);

440 Narváez García, ob. cit., pp. 100 y 101; Velásquez Restrepo, ob. cit., p. 105.

441 Mantilla Espinosa, F. & Ternera Barrios, F. (2005). "La teoría general del contrato en el derecho privado colombiano: entre el Código de Bello y el Código de Comercio", *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello*, Universidad de Chile - LexisNexis, Santiago, pp. 611-646.

442 La explicación de cómo funciona operativamente el régimen de capacidad de las personas naturales, según la reforma de la Ley 1306 de 2009 al Libro Primero del Código Civil, en León Robayo, É.I. & López Castro, Y. (2013). "La capacidad negocial de las personas naturales en Colombia", *Estudios de Derecho Privado, Liber Amicorum en Homenaje a Hernando Tapias Rocha*, Universidad del Rosario, Bogotá, pp. 167 a 194.

(v) la revocación producirá efectos a partir del momento en que el mandatario tenga conocimiento de ella, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2199 C.C. (art. 1282 C.Co.); (vi) el contrato de construcción de naves, no obstante su naturaleza mercantil, se regirá por las normas del Código Civil (art. 1438 C.Co.), y (vii) la enajenación de una nave puede ser impugnada por los acreedores en los términos y con los requisitos establecidos en los códigos de Comercio y Civil (art. 1447 C.Co.)[443].

3.1.6.2. APLICACIÓN DE LA LEY CIVIL A FALTA DE NORMAS DE CARÁCTER MERCANTIL –CARÁCTER SUBSIDIARIO–

Como ya se indicó, esta categoría constituye el fondo de la pirámide de las fuentes del derecho mercantil colombiano. El operador mercantil deberá acudir a la ley civil una vez haya agotado todo el sistema de fuentes mencionado hasta este punto. Con ello se busca cumplir una función integradora de la legislación mercantil y, por tal motivo, su aplicación tiene un carácter netamente subsidiario[444]. Este fue precisamente el propósito de la comisión redactora del Código de Comercio de 1958, lo cual quedó precisado en los siguientes términos:

> Agotadas las reglas anteriores, opera el derecho civil o común, como derecho de todas las relaciones de carácter privado que no son objeto de regulaciones especiales; las disposiciones civiles son, pues, las últimas que se aplican a los asuntos de comercio, no como reglas de derecho comercial propiamente, sino como reglas de derecho común. Se reduce considerablemente su campo de aplicación, puesto que primero han de aplicarse los varios grupos de reglas que quedan enunciadas. Las únicas disposiciones del Código Civil que se aplican en el mismo orden que corresponde a las disposiciones de la ley comercial son las que este invoca expresamente[445].

Aunque el orden mencionado resultaba absolutamente claro, NARVÁEZ GARCÍA explica que el artículo 2.° vigente del Código de Comercio en realidad correspondía al 8.° del anteproyecto: "En el ajuste final del articulado que

443 NARVÁEZ GARCÍA, ob. cit., 101.
444 ESPINOSA QUINTERO, ob. cit., p. 141; VELÁSQUEZ RESTREPO, ob. cit., p. 106;
445 Ministerio de Justicia, ob. cit., pp. 13 y 14.

hicieron funcionarios del Gobierno se traspuso el artículo 8.°, última directriz aplicable a los asuntos mercantiles, y quedó como 2.°. Pero es claro que a las disposiciones civiles no invocadas explícitamente solo ha de acudirse a falta de reglas mercantiles"[446].

3.1.6.3. UNA CATEGORÍA INTERMEDIA: EL ARTÍCULO 822 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

Podría afirmarse que el artículo 822 C.Co. es una disposición que conjuga elementos de las dos categorías anteriores: "Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa..."[447].

Se puede afirmar que esta norma es una disposición híbrida de la aplicación de la ley civil en materia comercial, por cuanto en ella se encuentran tanto elementos que permiten identificar la remisión expresa, tanto a los códigos Civil y de Procedimiento Civil, que para efectos actuales será el Código General del Proceso, como otros que dan lugar a la aplicación del carácter subsidiario, referido a los principios en materia de obligaciones y contratos, a los cuales deberá acudir el operador jurídico cuando no encuentre fuente aplicable.

Respecto del primer evento, al criticar una sentencia de la Corte Suprema de Justicia[448], MARTÍNEZ NEIRA señala que, de conformidad con el artículo

446 NARVÁEZ GARCÍA, ob. cit., p. 102.
447 Y agrega: "La prueba en derecho comercial se regirá por las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, salvo las reglas establecidas en la ley".
448 En esta sentencia, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia indicó que el artículo 822 C.Co. modificó los artículos 1.° y 2.° ibídem en materia de fuentes de las obligaciones mercantiles, al expresar: "Se ve entonces que la norma transcrita, en relación con la aplicación de los preceptos civiles a los asuntos mercantiles que tocan con los actos y las obligaciones de este linaje y respecto de cada una de las situaciones que ella misma define, sobrepasa la preferente aplicación de la analogía de las normas comerciales que, por regla general, establece el Código de Comercio, pues yendo más allá y justamente con el fin de precaver lo que se debe hacer en presencia de un vacío legal, e incluso para evitarlo en lo posible, integra al cuerpo de normas comerciales los principios y, por ende, las normas del derecho civil en lo que respecta a los negocios jurídicos y a las obligaciones mercantiles; ello implica en consecuencia que en las materias a que alude el citado artículo 822 del Código de Comercio y cuando no haya precepto comercial aplicable a un caso determinado deba acudirse a lo que disponga el derecho civil antes que a las situaciones

822, cuando se trate de obligaciones mercantiles se aplica la ley civil por remisión directa de la ley comercial, no siendo necesario agotar la fuente analógica porque esto resulta absolutamente innecesario[449]. Esto salvo que la ley mercantil de manera expresa lo impida o regule de otro modo[450].

En cuanto al segundo, Mantilla Espinosa y Ternera Barrios analizan desde el contenido lingüístico la disposición mencionada y encuentran que en realidad su ambigüedad es tal que no se refiere exclusivamente a las normas contenidas en el Código Civil relacionadas con la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil. En efecto, los autores destacan que lo que la regla bajo estudio incorpora son "principios", y que en ningún momento se refiere a "normas". Es decir, a la ley mercantil se le agrega un "algo más" que no se encuentra plenamente identificado en el Código de Bello, y que puede llegar, incluso, a trascenderlo. Adicionalmente, se preguntan los citados autores cómo a través de ese "algo más" se integran las normas de la legislación civil dentro del ordenamiento mercantil, por cuanto los principios no pueden ser entendidos como normas mercantiles, lo cual conduce a un "verdadero laberinto de incertidumbres, laberinto en el que difícilmente encontraríamos una salida"[451].

3.1.7. JERARQUÍA DE LAS FUENTES FORMALES

Como muy bien lo explica Pinzón, además de los problemas propios de cada una de las fuentes del derecho comercial existe uno común a todas ellas que es precisamente su prelación u orden de aplicación. Para el autor, su correcta determinación y aplicación permite asegurar tanto la unidad

comerciales análogas o semejantes, salvo, claro está, 'que la ley establezca otra cosa'": Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia 5791, agosto 30/2001, M.P.: Nicolás Bechara Simancas.

449 "Así las cosas, en el caso de remisión a las normas civiles, ordenadas por el Código de Comercio, aquellas 'se incorporan dentro de las reglas mercantiles' y, por lo tanto, su aplicación excluye cualquier analogía previa [...]. De tal suerte que si la ley comercial ordena aplicar la ley civil, no cabe la analogía subsecuente": Martínez Neira, "Seis lustros de jurisprudencia mercantil, cit., pp. 146 y 147.

450 "... por consiguiente es solo en el caso de que sobre tales aspectos no haya regulación en los dos ordenamientos en cuestión que se ha de acudir a la analogía de las normas comerciales, allí sí según la directriz que traza el artículo 1.° Ib.": Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia 5791, agosto 30/2001, M.P.: Nicolás Bechara Simancas.

451 Mantilla Espinosa y Ternera Barrios, ob. cit., pp. 611-646.

como la estabilidad del orden jurídico comercial, al igual que la eficaz y fácil adaptabilidad de esas reglas especiales a las necesidades que todos los días va creando el devenir de los negocios[452].

Este tema resulta entonces de fundamental importancia dentro de la construcción del derecho mercantil. Por ello, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia tuvo oportunidad de analizar esta escala, respecto de lo cual indicó:

> Los artículos 1.° a 9.° del Código de Comercio, consagran las fuentes formales del derecho mercantil colombiano, estableciendo una jerarquía en el orden de aplicación. Conforme a lo prevenido en tales disposiciones, las situaciones o relaciones jurídicas de este linaje se rigen prioritariamente por la ley mercantil. Si ella no regula la situación específica que se suscita debe recurrirse a la solución que la ley comercial haya dado a una situación semejante, es decir, a la analogía interna, mediante la cual se colman las lagunas de la ley, que dado su carácter general y abstracto no puede prever todas las situaciones que pueden surgir en la práctica (C. Co., art. 1.°). Si con tal procedimiento tampoco se encuentra la solución, debe acudirse a la costumbre, que de reunir las condiciones señaladas por el artículo 3.° *ejusdem*, tiene la misma fuerza normativa de la ley mercantil y por ende resulta de aplicación preferente a las normas del derecho civil, a las cuales el artículo 2.° permite acudir para llenar las deficiencias del derecho mercantil positivo consuetudinario, pero por virtud de aplicación subsidiaria. Sin embargo, cuando es la misma ley mercantil la que de manera expresa invoca la regulación de la ley civil, la aplicación de esta no es subsidiaria, sino principal y directa, por lo que pudiera denominarse mercantilización de la norma civil, ya que se da una integración o reenvío material de normas[453].

No obstante, la jerarquía mencionada por el alto tribunal obedecía a un esquema clásico anterior a la Constitución de 1991. Por ello, es necesario integrar lo mencionado hasta ahora, y proponer como jerarquía propia de fuentes materiales del derecho comercial colombiano las siguientes:

– La Constitución Política, la constitucionalización del derecho comercial en defensa de los derechos fundamentales, y el bloque de constitucionalidad.

– La ley comercial, entendida en sentido formal y material, los tratados internacionales en materia comercial ratificados por Colombia, la *ratio*

452 Pinzón, ob. cit., pp. 121 y 122.

453 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia 4798, marzo 27/98, M.P.: José Fernando Ramírez Gómez.

decidendi de la Corte Constitucional al decidir la exequibilidad de las leyes mercantiles y la "fuerza vinculante" de la jurisprudencia de cierre de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado cuando resuelven asuntos mercantiles.

– Las estipulaciones contractuales en ejercicio de la autonomía de la voluntad, caso en el cual se subordina a la ley supletiva.

– La analogía de la ley mercantil realizada por el operador jurídico correspondiente y en especial por el juez o árbitro[454].

– La costumbre *praeter legem* en su condición de creadora de derecho[455].

– La ley civil, por aplicación por remisión expresa o a falta de normas de carácter mercantil.

3.2. FUENTES INDIRECTAS –AUXILIARES, MATERIALES O SUBSIDIARIAS–

Según MARTÍNEZ ESTAY, son aquellas con las que el hombre descubre el derecho a través de la razón[456]. Aunque carecen del carácter vinculante que pueden tener las fuentes formales, en realidad tienen un gran valor en el sistema de creación e interpretación del derecho. Mientras algunos autores señalan que la enumeración que de ellas hace el Código de Comercio hace que no exista una jerarquía entre las mismas, pudiéndose aplicar simultáneamente, para otros sí tienen una prelación u orden de utilización, al tratarse de categorías distintas derivadas de su propia índole, y de su proceso de formación[457].

Para su correcto análisis, estas fuentes se dividirán en dos: legales y extralegales. Esto por cuanto las primeras tienen su punto de partida en lo dispuesto por el artículo 7.° C.Co., el cual las enumera expresamente –tratados internacionales no ratificados por Colombia, costumbre mercantil internacional y los principios generales del derecho mercantil– y plantea su carácter subsidiario. Las segundas, por su parte, a pesar de su importancia, extrañamente se encuentran por fuera de la mencionada normativa.

454 Como es un mecanismo de interpretación y no directo debe subordinarse a las estipulaciones contractuales.

455 Aquí se deben incluir los eventos mencionados como costumbre *contra legem* mencionados con anterioridad y que están en contravía con la realidad fáctica y normativa.

456 MARTÍNEZ ESTAY, ob. cit., pp. 347 y 348.

457 VELÁSQUEZ RESTREPO, ob. cit., p. 119; PINZÓN, ob. cit., pp. 129 y 130.

No obstante, la remisión al esquema de fuentes del Código Civil y su correcta designación como origen del derecho comercial en los libros de texto por parte de los autores les dan la importancia que efectivamente tienen en el proceso de creación jurídico-mercantil. Se trata de la jurisprudencia, los laudos arbitrales y la doctrina.

3.2.1. FUENTES LEGALES

Los tratados o convenciones internacionales de comercio no ratificados por Colombia, la costumbre mercantil internacional que reúna las condiciones del artículo 3.°, así como los principios generales del derecho comercial, podrán aplicarse a las cuestiones mercantiles que no puedan resolverse conforme a las reglas precedentes (art. 7.° C.Co.).

3.2.1.1. LOS TRATADOS O CONVENCIONES INTERNACIONALES DE COMERCIO NO RATIFICADOS POR COLOMBIA

En este punto es preciso volver a lo comentado con anterioridad respecto de los tratados y convenciones internacionales. Sin embargo, los instrumentos a los que se refiere esta fuente son aquellos que no se han ratificado y, por lo tanto, no son de aplicación directa a los asuntos mercantiles. A pesar de no tener fuerza de ley para solucionar litigios, es posible encontrar en ellos "una experiencia internacional provechosamente utilizable para llenar los vacíos de las demás reglas adoptadas. Con ello se salva, una vez más, la tendencia del derecho comercial hacia su unificación internacional, con indiscutibles ventajas para el comercio del país"[458].

Es decir, la experiencia transnacional en el análisis de los diferentes temas jurídico-comerciales, tanto entre los países como al interior de los organismos internacionales, constituye material útil e idónea para inspirar la toma de decisiones del legislador y también de los jueces[459].

458 Ministerio de Justicia, ob. cit., p. 13; PINZÓN, ob. cit., p. 130; ESPINOSA QUINTERO, ob. cit., p. 142.

459 Al analizar la constitucionalidad de esta fuente, la Corte Suprema de Justicia señaló: "Nada se opone a que esta fuente de derecho sea empleada para los fines señalados en el artículo objeto de la demanda. Por el contrario, implica el aprovechamiento de experiencias, prácticas y doctrinas

3.2.1.2. LA COSTUMBRE MERCANTIL INTERNACIONAL QUE REÚNA LAS CONDICIONES DEL ARTÍCULO 3.° DEL CÓDIGO DE COMERCIO

Como quedó visto en un apartado anterior, la costumbre mercantil internacional no es fuente directa del derecho sino auxiliar, conforme lo indica el artículo 7.° C.Co. al señalar: "la costumbre mercantil internacional que reúna las condiciones del artículo 3.°, así como los principios generales del derecho comercial, podrán aplicarse a las cuestiones mercantiles que no puedan resolverse conforme a las reglas precedentes"[460].

Por ello, sorprende que en la mayoría de libros de texto los autores incluyan su estudio en el mismo lugar de las fuentes formales, por cuanto esto genera confusiones de temas que, como se ha visto, sustancialmente son distintos. Sin embargo, para que sea válida su aplicación, no debe ser contraria a la ley, como lo establece el artículo 3.° ibídem.

Para generar mayor claridad, resulta preciso hacer una diferenciación conceptual respecto de dos figuras: la costumbre internacional y la costumbre mercantil internacional. Se trata de dos términos totalmente distintos, pues aquella se refiere a todas las prácticas que tradicionalmente han creado los

de las cuales se nutre el derecho en todos sus aspectos, y muy particularmente el mercantil que por su tendencia a universalizarse suele emplear medios de interpretación y aplicación de origen foráneo o de extensión y comprensión internacionales. El artículo 7.° que se estudia, no da a los tratados y convenios perfectos, como se afirma en la demanda. Tampoco vincula al Estado colombiano a sus cláusulas, ni desconoce las reglas constitucionales y legales sobre su celebración, vigencia y efecto de los tratados y convenios. Es simplemente una regla supletoria de interpretación de la ley mercantil, que, por otra parte[,] es de voluntaria aplicación, lo que se expresa en el texto mismo cuando se dice que las normas a que él se refiere [...] podrán aplicarse a las cuestiones mercantiles [...] [P]or consiguiente, es regla necesaria en un código que contiene tan delicada materia como la relativa al comercio ya que tiene por objeto señalar uno de los muchos medios de que pueda valerse el intérprete para aplicar sus disposiciones. No hay, por lo mismo[,] exceso alguno en el ejercicio de unas facultades que precisamente se refieran a dicha materia": Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia, diciembre 6/1972. Cfr. Narváez García, ob. cit., p. 118; Velásquez Restrepo, ob. cit., p. 121.

460 Velásquez Restrepo, ob. cit., p. 112. Por su parte, Oviedo Albán explica que algún sector de la doctrina ha manifestado que tanto las costumbres internacionales como las extranjeras son "arbitrios complementarios" que colman los vacíos del derecho positivo. Por tal motivo, cuando el intérprete no encuentra norma aplicable al caso concreto puede acudir a ellas para solucionar la cuestión que se le plantea. Adicionalmente, prosigue, para los defensores de esa posición tales costumbres prevalecerán respecto de las normas supletivas, es decir, tendrán validez en un contrato, si las partes las invocan expresamente en sus transacciones. Cfr. Oviedo Albán, ob. cit., pp. 343-379.

países para establecer las instituciones internacionales actuales. Es decir, se trata del "elemento material o uso constante y uniforme, de una parte, y el elemento espiritual u *opinio iuris*, o convicción de la obligatoriedad jurídica de la práctica, por otra parte. Como ha dicho el Tribunal de La Haya en la tesitura de identificar las reglas consuetudinarias aplicables a una controversia: es bien evidente que la sustancia del derecho internacional consuetudinario debe ser buscada en primer lugar en la práctica efectiva y en la *opinio iuris* de los Estados"[461].

En cambio, la costumbre mercantil internacional es aquella que se origina y acata en negocios idénticos y sucesivos que se celebran en las relaciones comerciales surgidas entre nacionales de varios Estados[462]. Por ello, tiene vocación para extenderse a la comunidad de naciones y, en tal medida, es fuente del derecho comercial colombiano[463].

En materia de prueba, el artículo 179 CGP establece que este tipo de costumbre y su vigencia se deberá demostrar "con la copia de la sentencia o laudo en que una autoridad jurisdiccional internacional la hubiere reconocido, interpretado o aplicado. También se probará con certificación de una entidad internacional idónea o mediante dictamen pericial rendido por persona o institución experta en razón de su conocimiento o experiencia".

De cualquier manera, la importancia y el peso que tiene la costumbre mercantil internacional en la actualidad, debido a la globalización económica, el incremento en las transacciones comerciales todos los días, así como la constante firma de tratados de libre comercio, han modificado claramente la consideración de que esta solamente constituye una fuente subsidiaria[464]. En efecto, cada vez con mayor frecuencia el derecho nacional se ve enfrentado a

461 Olano García, ob. cit., p. 154; Pinzón, M. A. (1998). *Doctrinas internacionales americanas (en su marco histórico cultural)*, RIL, Santiago, pp. 59 y 60. Según la Corte Constitucional colombiana este tipo de costumbres internacionales "gozan de prevalencia normativa en nuestro ordenamiento, en la misma medida de los tratados, siempre y cuando su contenido se ajuste a los dictados de la Carta, y sin perjuicio de que haya ciertas normas consuetudinarias que, por consagrar derechos inherentes al ser humano, se integran al bloque de constitucionalidad": Corte Constitucional, Sentencia C-1189, septiembre 13/2000, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

462 Larroumet, ob. cit., pp. 208 y 209; Narváez García, ob. cit., p. 114; Velásquez Restrepo, ob. cit., p. 112; Pinzón & Gabino. *Introducción al derecho comercial*, cit., p. 115; Berdugo Garavito & Builes Vargas, ob. cit., p. 137.

463 Algunos de estos principios han quedado consagrados en algunos instrumentos, tales como las Reglas sobre Crédito Documentario o los Incoterms de la Cámara de Comercio Internacional, de los cuales se hablará en capítulo posterior.

464 Oviedo Albán, ob. cit., pp. 343-379.

la necesidad de tenerla en cuenta tanto para crear reglas como para resolver importantes asuntos mercantiles. Por ello, en un capítulo posterior se volverá al tema y se verificará cómo este tipo de costumbre se ha convertido en una fuente principal del derecho comercial colombiano y requiere con carácter urgente ser considerada como tal.

3.2.1.3. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO COMERCIAL

Como quedó precisado al iniciar este capítulo, los principios son fuentes materiales del derecho por cuanto constituyen el punto de partida de creación del derecho, como fenómenos sociales que son, al determinar la materia o contenido de las normas jurídicas[465]. El derecho mercantil, por su parte, no puede ser ajeno al sistema jurídico general y, como tal, se nutre de los principios generales del derecho.

Sin embargo, en virtud de la especialidad de esta rama, la disciplina comercial tiene directrices propias y particulares, dado su dinamismo intrínseco, el cual se extrapoló en su momento del derecho civil, cuyos principios no son en todos los casos lo suficientemente adecuados para regular las relaciones comerciales[466]. Quizá el legislador decidió incluir a los principios generales del derecho mercantil como fuente auxiliar, dado su carácter informador del sistema, puesto que no es posible determinarlos con exactitud, caso en el que claramente podrían ser enunciados como reglas.

Esta situación es detectada por ROMERO, quien desde el derecho argentino advierte que los principios encuentran su regulación en el artículo 16 C.C., pero sin que en él se indique cuáles son, lo que impide su consolidación como fuentes formales: "no se advierte cómo pueden constituir fuente formal de preceptos con fuerza normativa ante situaciones especiales, sin perjuicio de entender que constituyen el sustrato sobre el que se eleva la construcción del aparato jurídico"[467].

---

465 "Por tanto, no son la Constitución, la legislación, la costumbre, la jurisdicción, la administración o la autonomía de la voluntad de los particulares, etc. las que informan o inspiran los principios sino estos a todas aquellas": VALENCIA RESTREPO, *Nomoárquica, principialística jurídica o los principios generales del derecho*, cit., p. 83.

466 ASCARELLI, ob. cit., p. 33; ESPINOSA QUINTERO, ob. cit., pp. 143-145; NARVÁEZ GARCÍA, ob. cit., p. 120; VELÁSQUEZ RESTREPO, ob. cit., p. 120.

467 ROMERO, ob. cit., p. 37.

A continuación se realiza una enumeración no taxativa de los principios generales del derecho comercial colombiano, decantados por la doctrina[468], advirtiendo que algunos encuentran su regulación en la ley:

– Formación consuetudinaria: el derecho mercantil surge de las prácticas de los comerciantes, adquiriendo una verdadera dimensión jurídica como derecho consuetudinario. Por ello, los códigos de comercio formalistas le reconocen a la costumbre una importante misión en la regulación de la vida mercantil.

– Tendencia a la internacionalización: el comercio nació de forma transfronteriza, se nacionalizó y, en la actualidad, se encuentra globalizado. Esto, a través de tratados y convenciones, principalmente desarrollados por organismos internacionales de armonización normativa.

– Carácter profesional: el derecho mercantil se desarrolla dentro de un marco estrictamente profesional, estableciendo derechos y obligaciones para los comerciantes y empresarios que se dedican a las actividades mercantiles.

– Especialidad: el ordenamiento comercial llena los vacíos que el derecho común deja en las relaciones del fenómeno mercantil. Adicionalmente, constituye el conjunto normativo de buena parte de las actividades económicas, hasta las cuales no se llega con el derecho civil o común.

– Libertad de empresa: es un principio de rango constitucional que faculta a todos los individuos la libre iniciativa para la realización de negocios lícitos dentro del ámbito económico (art. 333 C.P.).

– Prioridad: tanto los asuntos mercantiles como los sujetos que los realizan se encuentran regulados por la ley mercantil (art. 1.° C.Co.).

– Analogía legal: los casos no regulados expresamente por la ley comercial se resuelven por analogía con las normas mercantiles (art. 1.° C.Co.).

– Expansividad: quien realiza actos mercantiles de forma ocasional queda sometido a la ley comercial (arts. 11 y 22 C.Co.).

– Mercantilidad: los actos accesorios o conexos, así como los unilaterales o mixtos, son regidos por normas comerciales (art. 22 C.Co.).

– Oponibilidad e inoponibilidad respecto de terceros: los actos y documentos que se deben inscribir en el registro mercantil podrán revestir cualquiera de estas dos características según su publicidad o no (arts. 29, n.° 4, y 901 C.Co.).

---

468 ESPINOSA QUINTERO, ob. cit., pp. 143-145; MEDINA VERGARA, ob. cit., pp. 99-106; NARVÁEZ GARCÍA, ob. cit., pp. 121 y 122; VELÁSQUEZ RESTREPO, ob. cit., p. 120.

– Indivisibilidad de la fe debida a los libros del empresario: la parte que acepta en lo que le favorezcan los libros de su contraparte debe aceptar las perjudiciales de lo que ellos contengan, siempre y cuando los libros sean llevados en legal forma (art. 72 C.Co.).

– Consensualidad: la regla general en materia mercantil es la ausencia de formalidades (art. 824 C.Co.)[469].

– Solidaridad pasiva: se trata de una presunción legal cuando dos o más sujetos son obligados por un negocio jurídico mercantil (art. 825 C.Co.).

– Onerosidad de actos y contratos: el ánimo de lucro en los negocios mercantiles hace que la gratuidad y el desinterés no sean de la naturaleza propia de los actos mercantiles.

– Actos en masa: los negocios y contratos celebrados por los comerciantes deben tender a realizarse en grandes operaciones mercantiles, que se realicen de forma similar en la mayor parte de los casos. Ello ahorra esfuerzo y dinero. Además, se diferencian de las negociaciones civiles, donde existe una tendencia a que los actos sean realizados de manera individual.

– Criterio material u objetivo: el derecho mercantil se aplica a múltiples relaciones que surgen del tráfico de bienes y servicios, independientemente de los sujetos que intervienen en ellas.

– No abuso del derecho: el que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause con su conducta (art. 830 C.Co.).

– No enriquecimiento sin causa: nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro (art. 831 C.Co.).

– Buena fe: quizá el principio fundamental en la contratación mercantil y del cual se desprenden otros de igual importancia: "Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural" (art. 871 C.Co.)[470].

---

469 En esta materia existe una interesante crítica de Martínez Neira sobre la compraventa solemne de inmuebles en materia mercantil, por cuanto el autor señala que las formalidades *ad substantiam actus* no son propias de la legislación comercial: cfr. Martínez Neira, N.H. (1986). "¿Es consensual la compraventa mercantil de inmuebles?", *Revista de Derecho Privado*, n.º 7, Temis, Bogotá.

470 Las derivaciones del principio de la buena fe han sido decantadas principalmente en los laudos arbitrales internacionales que se han constituido como fuentes de la nueva *Lex Mercatoria*. Por tal motivo, se analizarán en capítulo posterior.

3.2.2. FUENTES EXTRALEGALES

Como se indicó previamente, la jurisprudencia y la doctrina no son objeto de regulación en los artículos preliminares del Código de Comercio, a pesar de tratarse de verdaderas fuentes del derecho mercantil. Adicionalmente, se debe incluir en esta categoría a los laudos arbitrales, los cuales resultan extraños a los esquemas de fuentes que se encuentran en la doctrina. Lo cierto es que este mecanismo de solución de controversias solamente se difunde eficazmente en nuestro sistema legal a partir de la década de los 1990, y actualmente se constituye como una de las principales fuentes de creación, desarrollo y evolución del derecho mercantil, tanto nacional como internacional.

3.2.2.1. LA JURISPRUDENCIA

En un apartado anterior, se precisó que la Corte Constitucional en su calidad de intérprete directo de la Carta Política indicó en la Sentencia C-816 de 2011 que las decisiones proferidas por la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura tienen "fuerza vinculante", razón por la cual quedarían excluidas de la consideración de fuente auxiliar, según lo dispone el artículo 230 C.P.

En realidad, como lo indica el máximo tribunal constitucional, es la jurisprudencia de los juzgados y tribunales la que constituye criterio auxiliar de interpretación en el ejercicio de la función judicial. Es decir, será fuente del derecho comercial, cuando las decisiones de los jueces se refieren a asuntos mercantiles, aunque el Código de Comercio no lo indique expresamente[471].

Ante la inexistencia de una verdadera jurisdicción comercial, son los jueces civiles en sus diferentes niveles, hasta llegar a la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, quienes conocen de estos procedimientos. Esta situación da lugar a muchas críticas, por cuanto la existencia en Colombia de dos códigos de derecho privado, el Civil y el de Comercio, tiene como uno de sus propósitos fijar la competencia de los jueces en estas disciplinas

---

471 Se excluyen entonces de esta fuente las decisiones tomadas por la jurisdicción constitucional. No obstante, en esta materia también resulta importante la labor que desempeña el Consejo de Estado cuando ocasionalmente interpreta reglas mercantiles en desarrollo de los procedimientos que involucran entidades estatales.

y garantizar así el desarrollo de cada rama. Sin embargo, esto nunca ha sido posible en Colombia, pues decisiones políticas y económicas han impedido la división de esta clase de competencia jurisdiccional. Por ello, ha sido necesario otorgar funciones jurisdiccionales a entidades administrativas, como ocurre por ejemplo con las superintendencias Financiera, de Sociedades y de Industria y Comercio, a partir de la Ley 446 de 1998.

En cualquier caso, el papel del juez resulta fundamental en el Estado de derecho, pues la jurisprudencia equivale conceptualmente en una primera definición a la "ciencia del derecho" o "teoría del orden jurídico positivo". En otra, designa el conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales[472]. Por ello, en Colombia la administración de justicia es una función pública y la propia Constitución garantiza la independencia de sus decisiones (art. 228).

Igualmente, la Norma Fundamental indica que los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley y que sus fallos deben tener en cuenta, como criterios auxiliares, a la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho, la costumbre y la doctrina (arts. 230 C.P. y 7.° CGP). Adicionalmente, dentro de sus deberes se encuentra decidir los asuntos sometidos a su conocimiento, aunque no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, o cuando esta sea oscura o incompleta (art. 42, n.° 6, CGP)[473].

Según se indicó previamente, resulta imposible que el legislador lo prevea todo y que se adelante al avance de la civilización. Adicionalmente, las expresiones de la ley, por más cuidado que se tenga en su redacción, frecuentemente pueden resultar ambiguas y ser susceptibles de interpretaciones diversas. Por tales razones, la jurisprudencia está llamada a ser fuente del derecho en forma complementaria de la ley[474].

Sin embargo, y a pesar de su considerable autoridad, el papel de la jurisprudencia como fuente del derecho ha sido una cuestión muy debatida por el positivismo, pues el sistema no admite su consideración como fuente principal[475]. La razón de lo anterior se encuentra en que histórica y teóricamente

---

472 García Máynez. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 68.

473 Para ello aplicará las leyes que regulen situaciones o materias semejantes y, en su defecto, la doctrina constitucional, la jurisprudencia, la costumbre y los principios generales del derecho sustancial y procesal.

474 Bravo Arteaga, ob. cit., p. 72.

475 Bobbio, N. (1993). *El positivismo jurídico*, Debate, Madrid, p. 180; López Medina, *El derecho de los jueces*, cit., p. 140.

los tribunales solamente tienen las facultades de aplicar reglas de derecho e interpretarlas, pero no de crearlas, lo cual se explica a continuación[476].

La aplicación de las normas se puede explicar partiendo de la base de que toda decisión judicial tiene dos componentes: en primer lugar, se encuentran los motivos que permiten enunciar y justificar el porqué del fallo, y en segundo término, está la resolución, con la cual se cierra el litigio, donde se aplica al caso particular la regla especial desarrollada por el juez en sus motivaciones[477]. Para su validez, la providencia debe resultar acorde con los preceptos legales vigentes, a los cuales el fallador debe rendir pleitesía, pues si este no deduce la solución adoptada de las reglas existentes en el sistema, las definiciones pertinentes y los hechos del proceso, su sentencia será infundada o arbitraria[478]. Sin embargo, se reitera, en este esquema no es factible para el juez crear normas de carácter general[479].

---

476 Como quedó indicado al inicio de este capítulo, la labor de los jueces en el esquema positivo de fuentes resulta históricamente superflua y totalmente subordinada a la ley, *a contrario sensu* de lo que sucede en el *common law*, donde el juez es creador y originador de reglas. Según explica Merryman, en el derecho civil la imagen del juez es la de operador de una máquina diseñada y construida por los legisladores. Su función es simplemente mecánica. Es así como los grandes nombres de la creación jurídica no son de jueces sino de legisladores –Justiniano, Napoleón, Bello, Vélez Sarsfield, Texeira de Freitas, Beviláqua– y académicos –Gayo, Domat, Pothier, Savigny, Ascarelli, Garrigues, Vivante, Galgano–, al contrario de lo que sucede en el *common law*. "Su imagen es la de un empleado público que desempeña funciones importantes pero que resultan esencialmente poco creativas": Merryman, ob. cit., p. 77.

477 "Justificar o fundar una decisión consiste, a grandes rasgos, en construir un razonamiento deductivo válido, entre cuyas premisas figura una norma general y cuya conclusión es la decisión, de tal manera que el fundamento principal de la decisión es la norma general de la que aquella es un caso de aplicación. Consiguientemente, entre el fundamento y la decisión existe una relación lógica, no causal, de modo que una decisión fundada es aquella que se deduce lógicamente de una norma general (o un conjunto de normas generales), en conjunción con proposiciones fácticas (descriptivas de los hechos relevantes)": Mendonca, D. (2000). *Las claves del derecho*, Gedisa, p. 205, Barcelona. Cfr. Larroumet, ob. cit., pp. 179 y 180.

478 Mantilla Espinosa, "'Interpretar': ¿aplicar o crear derecho?", cit., p. 549.

479 "Si aceptamos que el juez cuando aplica una norma general siempre crea una individual, podríamos llegar a concluir que el juez crea normas individuales de la misma forma en que el legislador crea normas generales. Sin embargo, esa conclusión es incorrecta. El contenido de la decisión judicial debe estar fundamentado –justificado, fundado–, es decir, debe deducirse de la norma general que se aplica. En ese orden de ideas, la sentencia consta, necesariamente, de una parte motiva en la cual el juez describe los hechos y los analiza respecto de supuesto de hecho de una norma general –precisando los significados que le[s] dará a las expresiones que esta contiene–, y de una parte resolutiva cuya prescripción es general (...). Precisamente, al legislador no se le exige ningún razonamiento deductivo cuando cumple con su función y la exposición de motivos –considerandos–, a diferencia de la parte motiva que sí hace parte de la sentencia, no integra la ley. Así, pues, es arbitraria tanto la sentencia que crea una norma

Respecto de la facultad de interpretación, el funcionario tiene la posibilidad de aplicar la norma cuando se trata de una ley cuyo sentido es incierto o si se trata de una disposición antigua y el juez va a aplicarla para solucionar casos nuevos, dándole un alcance que resulte acorde y adecuado para decidir el asunto concreto de forma equitativa, en aras de alcanzar la justicia[480]. Esto resulta bastante acertado para MANTILLA ESPINOSA, por cuanto "el juez, con su sentencia, no altera el texto escrito de la ley, pero, le puede cambiar el significado a sus palabras"[481]. De ahí que la propia Corte Suprema de Justicia haya expresado:

> En últimas, habiendo de considerarse el ordenamiento como un sistema completo y armónico, y de entenderse como un medio para absolver las dificultades y necesidades múltiples y cambiantes de la praxis, la jurisprudencia actualiza permanentemente el derecho y logra su desarrollo y evolución, para lo cual no es menester de específico cambio legislativo, bastándole un entendimiento racional y dúctil de las leyes, dentro de un proceso continuo de adaptación de ellas a concepciones, ambiente, organización social, necesidades nuevas, distintas de las que las originaron, posiblemente contrarias a ellas, en armonía con la equidad y los requerimientos vitales[482].

Sin embargo, desde un punto de vista teórico resulta posible encontrar múltiples interpretaciones de una misma ley adoptadas por varios jueces o, incluso, por el mismo tribunal. Es así como para garantizar certeza respecto del conocimiento de la regla y la seguridad en las relaciones sociales se requiere que sea el juez de casación quien tenga como labor asegurar la unidad en la interpretación de la ley[483].

individual, sin deducirla de una general, como aquella que carece de parte motiva": MANTILLA ESPINOSA, "Interpretar": ¿aplicar o crear derecho?, ob cit., pp. 551 y 552.

480 No obstante, el sistema se resguarda y protege a sí mismo y, por ello, las sentencias podrán ser objeto de revisión si la interpretación excede o transgrede la ley. A esto se refiere la Corte Suprema de Justicia al indicar: "En principio, la interpretación de una convención corresponde a los jueces de fondo, cuyas decisiones al respecto escapan en lo general a la censura de la Corte de Casación, a no ser que degeneren en una verdadera violación de la ley del contrato; lo cual acontece cuando el juez so pretexto de interpretación, desnaturaliza abiertamente las convenciones de las partes contratantes, o sustituye por otra de su invención": Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 27 de agosto de 1971, M.P.: ERNESTO CEDIEL ÁNGEL, G.J. 139, n.° 2346 a 2351, pp. 124-133. Por ello, LARROUMET señala que la jurisprudencia es una fuente de derecho dotada de una gran flexibilidad. Según su criterio, el juez es mucho más cercano a los justiciables que el legislador. De allí que afirme: "El derecho jurisprudencial es un derecho vivo que evoluciona, mientras que el derecho legal puede ser rígido y fijo": LARROUMET, ob. cit., pp. 179 y 180, 189 y 190 y 202.

481 MANTILLA ESPINOSA. "'Interpretar': ¿aplicar o crear derecho?", cit., p. 540.

482 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 17 de mayo de 1968, M.P.: FERNANDO HINESTROSA FORERO. G.J. CXXIV, n.° 2297 a 2299, p. 160.

En el sistema de fuentes colombiano, el papel de la jurisprudencia no es distinto en punto alguno respecto de lo dicho hasta ahora. De ahí que sea explicado sucintamente por LÓPEZ MEDINA en los siguientes términos[484]: (i) en principio, los jueces solamente aplican la ley, sin crearla; (ii) los pronunciamientos judiciales son importantes para ilustrar las normas positivas solo cuando estas son oscuras o ambiguas; (iii) la obligación judicial de fallar conforme a derecho se cumple preferente o exclusivamente mediante la obediencia a las reglas establecidas por el constituyente o el legislador, y (iv) si bien los jueces se encuentran supeditados a la ley, son independientes frente a las sentencias judiciales con las que se han fallado casos anteriores.

De todo lo anterior, se puede concluir entonces que en el esquema mencionado el juez mediante su jurisprudencia crea derecho para el caso específico al decidir el asunto sometido a su consideración. Sin embargo, al existir norma aplicable realmente su actividad no podría catalogarse como fuente, lo cual coincide con lo dicho por los positivistas clásicos.

Si bien esto puede resultar claro y coherente, no se debe olvidar que en el sistema positivo pueden encontrarse vacíos, como quedó señalado en otra parte de este capítulo. Por tal motivo, LARROUMET se pregunta qué ocurre cuando se acude al juez para que se pronuncie sobre asuntos que no han sido objeto de regulación por el legislador y que tampoco han sido decididos por otra jurisdicción. En estos casos, resulta evidente que corresponde al fallador crear la regla en su totalidad, pues se ha dicho que el juez tiene como principal deber emitir su decisión, así no encuentre norma aplicable a la causa sometida a su conocimiento. Es aquí donde realmente la jurisprudencia toma su verdadero papel de fuente. Así, indica el autor:

> Si el asunto ya ha sido objeto de decisiones judiciales anteriores, entonces el juez hará referencia a ellas para hacer las cosas más simples, ya que en realidad, en la psicología judicial se presenta un fenómeno natural de imitación que atribuye cierto valor –pero solo un valor de hecho y no un valor obligatorio en derecho– a

483 LARROUMET, ob. cit., p. 193.

484 LÓPEZ MEDINA. *El derecho de los jueces*, cit., pp. 11 y 12.

los precedentes judiciales. En esta medida, es posible considerar que la jurisprudencia puede ser creadora cuando no hay ley para aplicar en el caso específico[485].

3.2.2.2. LOS LAUDOS ARBITRALES

El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice, según lo define el artículo 1.° de la Ley 1563 de 2012, "Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones", que es la normativa vigente en la materia para Colombia. Luego de arduos debates y largos estudios efectuados por una importante comisión de expertos, el legislador puso en vigencia esta preceptiva con la cual el país se ubica en una importante posición en la materia en Latinoamérica.

Esta preceptiva pretende regular todos los aspectos relacionados con la naturaleza del litigo arbitral, manteniendo la clasificación bipartita, dividiéndolo en nacional e internacional. Respecto del primero, simplifica y agiliza temas como designación de árbitros, términos, uso de medios electrónicos y causales de anulación, hace más sencillo el procedimiento y consagra de manera clara las dos clases de arbitraje que existen en el mundo: institucional y *ad hoc*. En cuanto al internacional, se prevén unas reglas únicas cuando la sede sea Colombia y unas causales propias para la procedencia de la anulación de los laudos que se profieran en el país, lo cual se basa principalmente en las disposiciones que para tal efecto se encuentran contenidas en la Ley Modelo de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, o UNCITRAL por sus siglas en inglés)[486].

El arbitraje como tal es un mecanismo de solución de controversias de naturaleza contractual. Para que este se realice es necesario agotar el pacto arbitral, el cual surge a partir de tres figuras[487]: la cláusula compromisoria, el compromiso y el acuerdo de arbitraje. La primera se debe entender como la estipulación contractual por la cual las partes acuerdan someter una controversia futura a la decisión definitiva y exclusiva de uno o más árbitros[488]. El segundo es el acuerdo entre las partes que tiene por objeto someter sus diferencias actuales o presentes a la decisión definitiva o exclusiva de uno o más árbitros[489]. Finalmente, el acuerdo de arbitraje es aquel conforme al cual "las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no"[490].

En cualquiera de estos eventos, una vez surtido el trámite, el o los árbitros tomarán su decisión a través de un laudo, que es el fallo definitivo que pone fin a las diferencias de las partes, situación que puede abarcar el fondo del asunto, la competencia de los árbitros o algún aspecto procedimental que implique la terminación del proceso[491].

Según ha indicado la Corte Suprema de Justicia, la naturaleza jurídica de los laudos es de sentencia, pues los árbitros, "mediante un procedimiento prestablecido, deben comprobar los hechos planteados por las partes, valorar las pruebas aportadas y extraer de ese acervo una consecuencia definitoria condensada de un proveído que formal y materialmente es revestido de las características de verdadera sentencia, pues se trata de un acto de declaración de certeza del derecho"[492]. En efecto, al igual que una sentencia, todo laudo debe contener, por lo menos, los siguientes requisitos: (i) la indicación de las partes; (ii) un resumen de las cuestiones planteadas en el proceso; (iii) las consideraciones que realizó el tribunal respecto a la realidad de los

485 LARROUMET, ob. cit., p. 189.

486 "EDUARDO ZULETA: 'Éxito del Estatuto de Arbitraje dependerá de la interpretación de los jueces'. *Ámbito Jurídico*, disponible en: www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120725-10eduardo_zuleta_exito_del_estatuto_de_arbitraje_dependera_de_la/noti-120725-10eduardo_zuleta_exito_del_estatuto_de_arbitraje_dependera_de_la.asp, consulta realizada el 28 de agosto de 2013.

487 El pacto arbitral es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas, según lo indica el artículo 3.° de la Ley 1563 de 2012. Cfr. CAIVANO, R. (2008). *La cláusula arbitral. Evolución histórica y comparada*, Universidad del Rosario y Cámara de Comercio de Bogotá, pp. 24-27, Bogotá; MARTÍNEZ NEIRA, N. H. (2013). "El pacto arbitral", *Estatuto Arbitral Colombiano. Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012*, Legis – Comité Colombiano de Arbitraje – Ministerio de Justicia y del Derecho, Bogotá, pp. 37-56.

488 Artículo 4.° de la Ley 1563 de 2012.

489 Artículo 6.° de la Ley 1563 de 2012.

490 Artículo 69 de la Ley 1563 de 2012.

491 FOUCHARD, P.; GAILLARD, E. & GOLDMAN, B. (1999). *International commercial arbitration, Kluwer*, pp. 737, La Haya; CÁRDENAS MEJÍA, J.P. (2013). "El laudo arbitral y los recursos de revisión y anulación en el arbitraje internacional", *Estatuto Arbitral Colombiano. Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012*, Legis – Comité Colombiano de Arbitraje – Ministerio de Justicia y del Derecho, Bogotá, pp. 255-257.

492 Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Exp. 2227, marzo 21/91, M.P.: PEDRO ESCOBAR TRUJILLO. Así mismo, lo considera el artículo 1.° de la Ley 1563 de 2012.

hechos planteados y su prueba, y (iv) los fundamentos jurídicos para tomar la decisión[493].

A pesar de las múltiples críticas que recibe el arbitraje, por cuanto a juicio de sus detractores se considera una forma de impartir justicia clasista, excluyente y costosa, lo cierto es que la agilidad con que los árbitros toman la decisión definitiva en el caso lo convierte en un excelente mecanismo para resolver controversias. Así mismo, los árbitros son expertos en las materias debatidas, cuyo conocimiento de los asuntos hace que se reconozca en sus decisiones una verdadera *auctoritas potestas*.

Por tal motivo, actualmente la mayor parte de las disputas que se presentan en materia mercantil se tramita a través de este mecanismo, el cual es preferido por los comerciantes y empresarios en la realización y ejecución de sus negocios. Esto, a diferencia de lo que sucede con la jurisdicción estatal, la cual es lenta y perniciosa, con lo cual se torna ineficiente para la consecución de decisiones rápidas y técnicas en los casos sometidos al conocimiento de árbitros. Más aun, teniendo en cuenta que un procedimiento ordinario puede durar en promedio 10 años, al encontrarse el juez totalmente atafagado de procesos de diferente naturaleza, los cuales deben ser asumidos por él al mismo tiempo, mientras los árbitros se dedican, exclusivamente, a la causa sometida a su conocimiento, cuya resolución no puede tardar más de seis meses[494].

493 Gil Echeverry, J.H. (2010). *Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico*, 4.ª ed., Cámara de Comercio de Bogotá, p. 368. El artículo 104 de la Ley 1563 de 2012 establece la forma y los requisitos que debe contener un laudo arbitral, en los siguientes términos: (i) se proferirá por escrito y será firmado por el árbitro o los árbitros. En actuaciones arbitrales con más de un árbitro bastará la firma de la mayoría de los miembros del tribunal arbitral o la del árbitro presidente en su caso y se dejará constancia del motivo de la ausencia de una o más firmas. La falta de una o más firmas no afectará la validez del laudo arbitral; (ii) el tribunal arbitral siempre deberá motivar el laudo, a menos que las partes hayan convenido otra cosa, y en este caso, siempre y cuando ninguna de ellas tenga su domicilio o residencia en Colombia, o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 103 de la misma normativa; (iii) la decisión deberá indicar su fecha y la sede del arbitraje en la que se considera proferido; (iv) una vez dictado el laudo, el tribunal lo notificará a las partes mediante la entrega de sendas copias firmadas por quienes lo suscribieron.

494 Así lo dispone el artículo 10.° de la Ley 1563 de 2012: "Si en el pacto arbitral no se señalare término para la duración del proceso, este será de seis (6) meses, contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite. Dentro del término de duración del proceso, deberá proferirse y notificarse, incluso, la providencia que resuelve la solicitud de aclaración, corrección o adición". Y agrega: "Dicho término podrá prorrogarse una o varias veces, sin que el total de

Lastimosamente, la ley nunca ha considerado la necesidad de que estas decisiones se compilen por los centros de arbitraje donde tienen su origen, pues a estos no se les ha conferido la potestad de servir de relatorías. Por tal motivo, la ubicación y el conocimiento del contenido de los laudos dependerán principalmente de los árbitros y las partes, quienes serán los encargados de divulgar este conocimiento a los operadores jurídicos mercantiles.

De otro lado, se debe resaltar que las decisiones arbitrales tienen la misma naturaleza de sentencias, al otorgársele facultades jurisdiccionales al árbitro para decidir la controversia, y concederle efectos de cosa juzgada a lo decidido por él[495]. No obstante, difieren en cuanto a su consideración de jurisprudencia, por cuanto los laudos no cumplen con los requisitos legales que esta tiene dentro del ordenamiento vigente.

No obstante, las razones jurídicas que forman las decisiones arbitrales resultan de la mayor importancia científica para determinar el comportamiento negocial de los comerciantes que someten sus controversias a la decisión de los árbitros. Por ello, ante casos similares, muchas de estas decisiones son retomadas por tribunales posteriores, con el fin de dar a ciertos asuntos una línea adecuada y convincente de pensamiento, en aras de alcanzar y proteger el derecho a la igualdad.

Es allí donde estas decisiones pueden ser tomadas como fuentes, por cuanto los considerandos de los árbitros no solamente analizan y recogen postulados legales sino que, en ocasiones, deben crear normas nuevas y aplicar principios que permitan resolver casos específicos sometidos a su conocimiento y que no se encuentran regulados por norma alguna. De tal manera, los árbitros, en ejercicio de sus funciones, profieren laudos arbitrales que van a servir como fuente y origen del derecho. Esto tanto desde el punto de vista nacional como internacional, según se verá más adelante.

Si bien, los propios árbitros conocen esta línea de pensamiento, ellos han entendido que no existe entre sus decisiones una jerarquía o una doctrina probable, es decir, consideran que no puede haber un esquema

las prórrogas exceda de seis (6) meses, a solicitud de las partes o de sus apoderados con facultad expresa para ello".

495 Esta facultad tiene su origen en Colombia en virtud del inciso 3.° del artículo 116 C.P. que establece: "Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley".

de precedentes en materia arbitral. Por ello, para resolver el caso específico, pueden apartarse de los preceptos escogidos para realizar su labor o, incluso, en cualquier momento, modificar lo dicho por los árbitros en un caso anterior.

Así sucedió, por ejemplo, en el caso *Districel v. Comcel*, donde el tribunal indicó: "los tribunales arbitrales son integrados por particulares escogidos por las partes para decidir su caso, los cuales si bien administran justicia no se integran a la rama judicial del poder público. Así las cosas, es claro que un tribunal arbitral no tiene obligación alguna de ajustarse a las decisiones previas que hayan adoptado otros tribunales arbitrales, sobre otros casos semejantes"[496].

3.2.2.3. LA DOCTRINA

También llamada "interpretación jurídica", se trata de teorías y estudios científicos realizados por juristas, publicados en libros, monografías, tratados, compendios o compilaciones, revistas, periódicos, bases de datos, *wikis*, *blogs* jurídicos, páginas web y repositorios de información electrónica, que tienen por objeto interpretar el derecho con el propósito de sistematizar e interpretar sus principios, reglas y preceptos y señalar las reglas de su aplicación y reforma en función de los avatares que traen consigo tanto la evolución histórica de la humanidad como los desarrollos científicos y tecnológicos[497]. Esta labor la realizan los autores a través de reflexiones,

496 Esta fue la respuesta del tribunal al argumento del demandante, en el que indicó: "Una limitación al principio de la autonomía judicial sucede en aquellos casos en los cuales la fuente de derecho denominada 'jurisprudencia', se robustece con su tránsito de fuente auxiliar a fuente vinculante de derecho que obliga a jueces y árbitros a considerar y a respetar los precedentes análogos. Este carácter vinculante de la jurisprudencia, aunque contrario de la literalidad del artículo 230 de la Constitución Política, surge de la doctrina dictada por la Corte Constitucional. En el presente proceso arbitral, los susodichos laudos arbitrales son fuente vinculante de derecho para todos los sujetos procesales": Laudo arbitral *Districel S.A.S. v. Comcel S.A.*, mayo 17/2013. Árbitros: Julio Benetti Salgar, Juan Pablo Cárdenas Mejía y Carlos Umaña Trujillo.

497 Debe tenerse cuidado, sin embargo, con la calidad de los contenidos que se encuentran en la red. Esto por cuanto no todo lo que se encuentra disponible en los portales de información contiene información seria, adecuada y actualizada que sea lo suficientemente confiable para el operador jurídico. Este podría ser el caso de algunas de las *wikis*, que son páginas de información y conocimiento que van siendo modificadas y actualizadas constantemente por aquellos que las utilizan. La más importante en la actualidad es Wikipedia, la cual se vio obligada a revisar sus políticas de actualización de los contenidos, luego de que en la posesión del presidente de Estados Unidos, Barack Obama, Ted Kennedy, popular político norteamericano, sufriera un desmayo y en la página apareciera que este había fallecido, lo cual no ocurrió. Situaciones similares podrían ocurrir cuando la información es jurídica, lo cual puede resultar bastante problemático. Al respecto, cfr.: www.iblog.cl/noticias/wikipedia-revisara-todos-los-contenidos-que-suban-los-usuarios.php, consulta realizada el 29 de agosto de 2013.

conceptualizaciones, clasificaciones y debates sobre la legislación, los fallos jurisprudenciales, los laudos arbitrales, nacionales como internacionales, y de las costumbres, que les permiten a los estudiantes, abogados, jueces y practicantes entender el funcionamiento, pasado, presente y futuro, del sistema jurídico[498].

En materia mercantil, la doctrina permitió sistematizar las reglas consuetudinarias del derecho medieval y preparó la labor de los codificadores, como se verá más adelante. Sin embargo, Pinzón explica que al ser esta una disciplina empírica, creada básicamente por las necesidades de los comerciantes, no podía estar construida como el derecho civil, ciencia deductiva que se desarrolla mediante principios generales y abstracciones. Por ello, el esquema de fuentes del derecho mercantil se construye a partir de una preferencia de la costumbre, y se limita entonces la utilización de la doctrina en los asuntos mercantiles[499].

Como se aprecia, la manera como se encuentra organizado el sistema impide que la doctrina sea fuente formal, por cuanto nunca se desenvuelve dentro de una estructura de poder, que es el requisito esencial del concepto de fuente. En efecto, por más grande que sea su prestigio o influencia, los autores no tienen la facultad de crear reglas obligatorias que determinen las relaciones sociales, aunque pueden proponer su creación, transformación o derogación. En efecto, sus observaciones solamente serán reglas de derecho desde el mometo en que sean acogidas por una fuente formal[500].

Sin embargo, el escenario actual demuestra que los operadores jurídicos todos los días fundamentan su trabajo en opiniones expresadas en todo tipo

498 García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 68; Larroumet, ob. cit., pp. 100 y 101; Madriñán de la Torre & Prada Márquez, ob. cit., p. 45. Monroy Cabra, M.G. (1986). *Introducción al derecho*, Temis, Bogotá, p. 150; Olano García, ob. cit., pp. 209-222; Velásquez Restrepo, ob. cit., pp. 121 y 122; Vivante, C. (2005). *Derecho mercantil*, Valleta, Buenos Aires,. pp. 22 y 23.

499 Pinzón. *Introducción al derecho comercial*, cit., p. 75.

500 García Máynez. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 68; Larroumet, ob. cit., pp. 100 y 101; López Medina. *El derecho de los jueces*, cit., p. 155; Monroy Cabra. *Introducción al derecho*, cit., pp. 104 y 105; Olano García, ob. cit., pp. 209-222; Reale, M. (1987). *Introducción al derecho*, Pirámide, Madrid, p. 134.

de artículos y libros, con los cuales se sustentan demandas, peticiones y recursos. Las bases de datos jurídicos e internet permiten acceder en segundos a millones de documentos en línea escritos por prestigiosos académicos de todo el mundo, en los cuales se encuentran respuestas a numerosos problemas que permiten entender qué es y cómo surge el derecho. Negar entonces el carácter de fuente primaria que tiene esta información resulta totalmente dispar con la realidad jurídica contemporánea.

La misma opinión la tiene LÓPEZ MEDINA, quien critica esta "auxiliaridad" de la doctrina como fuente del derecho. A su juicio,

> ... sorprende encontrar que entre litigantes, jueces y estudiantes existe una marcada preferencia por apoyar la solidez de sus argumentos jurídicos sobre la autoridad, no de las llamadas fuentes primarias, sino de los comentaristas y doctos del derecho. [...] El uso corriente del argumento demuestra, sin embargo, que con gran frecuencia las reglas o las interpretaciones propuestas por jueces, abogados o estudiantes parecen estar exclusiva o predominantemente fundadas en fuentes doctrinarias, con apoyo inexistente o tan solo aparente en normas positivas primarias. Cuando ello ocurre así, no tiene mayor sentido llamar a la doctrina fuente auxiliar o secundaria[501].

Para finalizar este apartado, se debe indicar que dentro de esta categoría comienza a incluirse, igualmente, todas aquellas instrucciones dadas en ejercicio de facultades de intervención económica por entidades administrativas y de control, que tienen como propósito explicar figuras jurídicas contenidas en las leyes para entender la manera como opera la regulación vigente[502]. Sin embargo, al ser incorporadas en actos administrativos, se convierten en determinaciones que tienen alcance general y obligatorio, siendo entonces parte de la ley en sentido material y, por ende, no cabrían dentro de esta categoría como fuente subsidiaria. Más aún cuando su debate y desconocimiento únicamente podría darse a través de la revocatoria directa por parte de sus creadoras o mediante acciones de nulidad, tramitadas ante la jurisdicción contencioso administrativa.

501 LÓPEZ MEDINA, *El derecho de los jueces*, cit., p. 156.

502 VELÁSQUEZ RESTREPO, ob. cit., p. 122; MEDINA VERGARA, ob. cit., p. 120; BERDUGO GARAVITO & BUILES VARGAS, ob. cit., p. 147.

COLOFÓN

En este momento de la historia, la rigidez de la escala de fuentes del derecho es una realidad que no goza de validez absoluta, pues su estaticidad queda en entredicho especialmente por los fenómenos de la constitucionalización del derecho privado y por la transnacionalización de los negocios comerciales.

Es así como dentro de esas fuentes es posible encontrar otras estructuras que permitan entender el origen del derecho mercantil, que se encuentran incluso por fuera del ordenamiento jurídico nacional y que tienen su formación en las decisiones de los tribunales arbitrales internacionales y en el acogimiento que de sus principios han hecho especialmente los organismos internacionales de armonización en materia mercantil. Por eso, se hace preciso analizar en el siguiente capítulo una fuente adicional del derecho comercial que no se encuentra en nuestra legislación mercantil: "la nueva *Lex Mercatoria*".

Sin embargo, algunos podrían pensar que esta categoría podría encontrarse en diversas fuentes del derecho mercantil colombiano ya vistas, como lo son la costumbre mercantil internacional o los tratados internacionales no ratificados por Colombia. Empero, el ambiente comercial transnacional y globalizado que atraviesa en este momento el país exige actualizar el esquema e ir más allá, constituyendo a la nueva *Lex Mercatoria* como una fuente material del derecho comercial colombiano.

CAPÍTULO SEGUNDO

El derecho uniforme de los contratos comerciales internacionales: la nueva 'Lex Mercatoria'

A partir de la segunda mitad del siglo XX, la economía mundial y el comercio han girado en torno al fenómeno conocido como "globalización", cuyos postulados y principios se basan en la búsqueda del desarrollo de los pueblos y el comercio libre[1]. Esto ha sido posible gracias al avance de las telecomunicaciones, las cuales han permitido rápidamente realizar negocios debido a la masificación del intercambio electrónico de datos e internet. Es así como se han transformado, no solo los procesos utilizados en el transporte internacional, sino también los servicios postales, de manera que las transacciones se realicen con celeridad hasta hace unos años insospechada.

A pesar de que se trata de un asunto de carácter económico, la mayor agilidad del comercio internacional también tiene un impacto jurídico, pues esto ha traído como consecuencia la constante eliminación de barreras legales de diversa índole[2]. Sin embargo, al desarrollarse las operaciones estas pueden colisionar en los ordenamientos normativos, lo cual sucede con frecuencia en las transacciones realizadas entre un contratante de un país desarrollado y otro de uno que no lo es.

Esta discordancia trae consigo la posibilidad de que se presenten conflictos generados por la aplicación de normas o, incluso, por el desarrollo de procedimientos y trámites ante las diferentes autoridades, judiciales o administrativas. Por esa razón, se hace imperiosa la necesidad de establecer reglas uniformes que compartan principios similares de aplicación extensiva a los países del mundo[3]. Este proceso de unificación normativa internacional

---

1 De Eizaguirre, J.M. (2001). *Derecho mercantil*, 3.ª ed., Civitas, Madrid, pp. 182-184. Respecto del surgimiento y las críticas al comercio libre, véase Paul, J.R. (2006). *¿Es realmente libre el comercio?*, Siglo del Hombre Editores – Universidad de los Andes – Universidad Javeriana, Bogotá; Peña Castrillón, G. (2010). "El futuro del derecho comercial", en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI. Derecho privado*, t. IV, vol. 2, Pontificia Universidad Javeriana – Temis, Bogotá, p. 391.

2 Aunque el proceso codificador del siglo XIX incluyó la creación de normas reguladoras del comercio transnacional, plasmadas, principalmente en las disposiciones de los códigos civiles, las cuales tradicionalmente tuvieron como base la regla de conflicto, originador del derecho internacional privado. Cfr., al respecto, Illescas Ortiz, R. & Perales Viscasillas, P. (2003). *Derecho mercantil internacional. El derecho uniforme*, Centro de Estudios Ramón Areces – Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, pp. 31-34.

3 Sobre la necesidad de realizar un proceso armonizador en el comercio internacional, cfr. Alford, Duncan E. (s.f.). "A guide on the harmonization of international commercial law", disponible

es conocido en el argot jurídico como "armonización"[4], el cual persigue la construcción de un derecho transnacional autónomo que agilice las operaciones mercantiles y brinde una solución expedita a las controversias[5].

A pesar que desde siempre han existido normas reguladoras del comercio transnacional creadas tradicionalmente con base en la regla de conflicto[6], durante las últimas décadas surgieron dos tendencias en esta materia: (i) reglamentar los diferentes asuntos que se originan en la práctica mercantil, a partir de los usos y costumbres comerciales –en desarrollo de lo cual se han expedido convenciones, acuerdos y tratados internacionales; principios; leyes modelo; reglamentos, etc.–, y (ii) disciplinar las disputas internacionales ocurridas entre operarios de distintos Estados –a partir de las decisiones tomadas por tribunales de arbitraje, mediante la creación de principios y reglas imperativas no solo para las partes y los árbitros, sino también para la comunidad internacional[7]–.

Este sistema jurídico, que como se verá ha recibido múltiples denominaciones, y que mayoritariamente es conocido como "la nueva *Lex Mercatoria*",

---

en: www.nyulawglobal.org/globalex/Unification_Harmonization.htm, consulta realizada el 2 de agosto de 2013.

4 Según el Diccionario de la Real Academia Española, 'armonizar' –término que también puede ser escrito en castellano como 'harmonizar'– significa: "Poner en armonía, o hacer que no discuerden o se rechacen dos o más partes de un todo, o dos o más cosas que deben concurrir al mismo fin" –cfr.: http://buscon.rae.es/drae/?type=3&val=armonizaci%C3%B3n&val_aux=&origen=REDRAE, consulta realizada el 2 de agosto de 2013–. Por su parte, Gopalan lo usa para señalar "*a surrogate to discuss the creation of international commercial law as it is the primary means by which international commercial law is created*": Gopalan, Sandeep, "New trends in the making of international commercial law".,23 *Journal and Commercial of Law and Commerce*, (2003-2004), p. 117, disponible en: http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/jlac23&div=11&id=&page=, consulta realizada el 2 de agosto de 2013–.

5 Para un análisis de cómo un buen sistema de resolución de controversias permite alcanzar desarrollo y crecimiento económico, cfr. Schwartz, Charles A. (2007, julio 9-12). "Commercial law harmonization and bilateral assistance", en: Modern Law for Global Commerce. Congress to Celebrate the Fortieth Annual Session of Uncitral, Vienna, disponible en: www.uncitral.org/pdf/english/congress/Schwartz.pdf, consulta realizada el 2 de agosto de 2012.

6 Illescas Ortiz & Perales Viscasillas, ob. cit., pp. 31-34.

7 Sin embargo, desde una perspectiva filosófica, Garrido Gómez señala que este proceso armonizador debe trascender la esfera mercantil, ya que los sistemas jurídicos deben unificarse en los ámbitos estatal, privado, comunitario e internacional, "conforme a la concepción de que el conjunto de normas constitutivas del ordenamiento se reconstruye a través de la noción de sistema": Garrido-Gómez, M.I. (2003, septiembre-diciembre). "La utilidad del iuscomparatismo en la armonización de los sistemas jurídicos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, n.º 108, pp. 912 y 913.

a pesar de la resistencia que ha generado su utilización, se origina por fuera de los ordenamientos legales nacionales, dejando de lado el concepto de soberanía, ya que nace y se desenvuelve en los propios medios profesionales del tráfico mercantil internacional, dando paso a una cierta uniformidad que refleja la solidaridad de intereses que une a los comerciantes, los cuales operan en la denominada "*societas mercatorum*"[8]. Se trata entonces de un nuevo orden "que trascendiendo las fronteras nacionales, tiende a convertirse en un *ius commune* del comercio internacional"[9].

El conocimiento de sus postulados se constituye entonces en un referente fundamental para los abogados que tienen a su cargo la asesoría legal de transacciones transfronterizas, sin importar su especialidad. Así, los juristas deben estar en capacidad, no solo de comprender conceptos como la ley aplicable, el foro y la cláusula compromisoria, sino de catalizar la influencia que conlleva el aumento de la información sobre laudos proferidos por prestigiosos tribunales de arbitraje internacional. De esta manera, su actuación permitirá facilitar el desarrollo de un conjunto de reglas y usos orientados a la consecución de resultados económicos prácticos en un mundo globalizado[10].

---

8 "*En effet, après la seconde moitié du XX ème siècle, époque d'explosion et de bouleversement des échanges commerciaux internationaux, on assiste à une formidable éclosion de règles matérielles régissant les échanges transfrontières, et qui échappent, en tout, ou en partie, à l'emprise des ordres juridiques étatiques*": Osman, F. (1992). *Les principes généraux de la Lex Mercatoria*, LGDJ, Paris, p. 10. La *societas mercatorum* es analizada *ibíd.*, pp. 407-412. Al respecto, Galgano refiere: "*È la internazionalizzazione del commercio, che nella storia delle idee troviamo teorizzata, alla metà del diciannovesimo secolo, da un altro esponente della filosofía post-hegeliana. È per Karl Marx, 'l'instaurazione di un mercato mondiale', con scambi estesi 'per tutto il globo terrestre', con un 'traffico universale', implicante 'una universale dipendenza delle nazioni l'una dall'altra' ciò che decreta la crisi dello Stato commerciale chiuso di Fichte, ma annuncia anche la più profonda crisi della sovranità statale che si manifesterà un secolo dopo, nella seconda metà del ventesimo secolo*": Galgano, F. (2006). "La globalizzazione delle fonti del diritto: le leggi nazionali; il contratto; il ruolo delle Corti", *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Giuffré, Milano, pp. 313 y 314. Cfr., además, Barbosa Delgado, F.R. (2007). "El derecho y la historia: mirada convergente en la globalización"; Ramírez Cleves, G. (ed.) (2007). *El derecho en el contexto de la globalización*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 89; Rodríguez Fernández, M. (2012). "Reconocimiento de la lex mercatoria como normativa propia y apropiada para el comercio internacional". *Revist@ e-Mercatoria*, vol. 11, n.º 2, p. 50, Bogotá, disponible en: www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/VOLUMEN11/HTML2/143.html, consulta realizada el 20 de septiembre de 2013.

9 Fernández de la Gándara, L. & Calvo-Caravaca, A.L. (1995). *Derecho mercantil internacional*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, pp. 46-51.

10 Según explica Litvinoff, quienes se encuentran en la mejor posición de conocer y administrar sus negocios, con efectos positivos generales para el desarrollo de las fuerzas productivas y la

En este capítulo se presenta un panorama de los alcances y contenido de este sistema normativo global, como derecho transnacional uniforme, para lo cual se tratarán los siguientes aspectos: en primer lugar, se hará una precisión histórica respecto a los antecedentes de la figura, para entender las razones que configuraron el concepto actual. Posteriormente, se analizarán las circunstancias que permitieron su surgimiento y la forma como esta opera en su calidad de fuente del derecho, para luego abordar sus diferentes manifestaciones, tales como la unificación normativa internacional, su aplicabilidad de acuerdo con la autonomía de la voluntad y su relación con el derecho arbitral internacional. Finalmente, se hará un comentario acerca de un fenómeno inesperado y sorprendente para sus detractores: el trasplante de la nueva *Lex Mercatoria* a las legislaciones nacionales.

I. UNA MIRADA AL PASADO: LA 'LEX MERCATORIA' MEDIEVAL

Durante la historia de la humanidad, el comercio ha sido uno de los pilares fundamentales del desarrollo económico de los pueblos. En la antigüedad, civilizaciones como la fenicia y la griega crearon poderosas flotas comerciales, a través de las cuales surgieron grandes puertos y colonias ubicadas, principalmente, en las costas mediterráneas. Sin embargo, aunque para la época existieron algunos gérmenes de regulación mercantil –plasmados especialmente en normativas como el *Código de Hammurabbi* o las *Leyes Rhodias*–, no constituyeron realmente una disciplina jurídica, ya que no decantaron principios autónomos[11].

generación y distribución de bienes y servicios, son los operadores económicos. Por ello, el asesor legal debe asegurarles máxima autonomía en la planificación y gestión de sus negocios, procurando minimizar la interferencia estatal. Con ello se maximizan los beneficios sociales de tal gestión: cfr. Litvinoff, S. (2004). "Derecho global, derecho civil y *common law*", en *Foro de Derecho Mercantil – Revista Internacional*, n.º 3, Legis, Bogotá, p. 104.

11 El *Código de Hammurabi* contiene algunas disposiciones sobre préstamo a interés, depósito, venta, comisión, navegación fluvial, arrendamiento de barcos y responsabilidad del dueño de la nave. Por su parte, las *Leyes Rhodias* eran disposiciones marítimas que regulaban las relaciones resultantes de la navegación y se referían a las personas, el transporte marítimo, y al abandono de la carga o echazón. Estas normas fueron recogidas por los romanos en la Ley 9.ª del Digesto, bajo el título *De lege Rhodia de iactu*. véase Narváez García, J.I. (2008). *Derecho mercantil colombiano. Parte general*, 10.ª ed., Legis, Bogotá, p. 3.

Los romanos tampoco plantearon las bases jurídicas para la existencia de un derecho comercial, puesto que los patricios no consideraban a la industria y al comercio como tareas dignas. Por esa razón, se dejaba a los extranjeros y peregrinos la ejecución de estas actividades, y los conflictos eran solucionados por el pretor, quien basaba sus decisiones en el *ius civile* y el *ius gentium*. De esta manera aparecieron figuras jurídicas como la "buena fe", el "reconocimiento de los usos", la "ejecución por deudas", los "contratos de representación", las "reglamentaciones marítimas", ciertas instituciones bancarias, una contabilidad incipiente con algo de valor probatorio, y una quiebra consistente en que el pretor le entregaba los bienes del deudor a un curador para que este los vendiera y pagara la obligación o bien los repartiera entre los acreedores –*missio in possessionem* y *bonorum venditio*–[12].

En realidad, el derecho comercial solamente apareció en la historia en la alta Edad Media, y surgió como un rechazo al sistema feudal. Terminada la colonización bárbara del Imperio Romano de Occidente, renació el tráfico mercantil en las costas del Mediterráneo. Para ese entonces, las actividades económicas se desarrollaban según los derechos romano, germánico y canónico, los tres formalistas, y el último hostil al comercio por la condena a la usura –incluso respecto a los rendimientos propios que daba el dinero, pues el capital era puro y cobrar por él se consideraba pecado–.

Los nuevos burgueses, es decir, quienes fueron vasallos o siervos de la gleba y que compraron su libertad a los señores feudales, comenzaron a desarrollar artes y oficios ubicándose estratégicamente en ciudades –burgos– que les permitían traficar fácilmente los bienes que producían[13]. De tal forma, empezaron a desplazarse entre las urbes para realizar sus actividades comerciales en las denominadas "ferias".

También acudían unos personajes, la mayoría de religión judía, que se desempeñaban como cambistas de dinero, quienes además prestaban servicios de almacenaje de los medios de cambio utilizados durante las transacciones. Igualmente, comenzaron a prestar dinero a interés, supliendo la necesidad económica no satisfecha por los cristianos, con lo cual apareció la banca[14].

12 González de Cancino, E. (1991). *Manual de derecho romano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 130 y 136.

13 Es el caso de ciudades como Venecia, Génova, Pisa, Florencia, Milán, Pavía, Flandes, Núremberg y Colonia, entre otras. Cfr. Medina Vergara, J. (2008). *Derecho comercial. Parte general*, 4.ª ed., Temis, Bogotá, p. 9.

14 El origen de la palabra 'banca' está dado por el hecho de que las transacciones se realizaban en

Posteriormente, los mercaderes encontraron que no era necesario desplazarse a las ferias, sino que podían encargar a algunos representantes, mediando el pago de una comisión por la labor realizada. Esto dio lugar a la aparición de los contratos de comisión y corretaje.

Al adquirir mayores recursos y crecer económicamente, quienes realizaban un mismo arte u oficio se asociaron para defender sus intereses y los de su profesión. Tales asociaciones tomaron el nombre de corporaciones de comerciantes o de mercaderes –*curia mercatorum*[15]–, las cuales surgían a la vida comercial a través de la suscripción de los denominados "estatutos", consignados en un *liber mercatorum*[16].

Fue así como luego se consideró que la firma de estos documentos y la voluntaria adhesión a sus disposiciones otorgaban el estatus de comerciante. Estas entidades, además, cumplían funciones disciplinarias y servían como tribunales de justicia ante los que se resolvían diferencias de derecho sustantivo entre sus asociados.

Con el paso del tiempo, quienes fungían como magistrados se dieron cuenta de que el derecho civil romano resultaba insuficiente para responder a las necesidades del comercio. De esta manera comenzó a efectuarse una compilación de los usos comerciales que regulaban la actividad mercantil[17],

---

bancas de madera, ubicadas en las ferias; incluso, si el prestamista no procedía de conformidad con criterios éticos, los afectados en un gesto violento rompían la banca, de donde proviene el término 'bancarrota'. Cfr. Uribe, D. (2009). *Historia de las civilizaciones*, Aguilar – Caracol Radio, Bogotá, parte III, pista 2.

15 Conocidas en español como 'gremios' o 'corporaciones'.

16 Estatuto o reglamento, generalmente de carácter cerrado, que establecía las reglas de comercio en una curia de carácter territorial. Una vez firmado atribuía la calidad de comerciante a quien se acogiera a sus preceptos, sin importar el ejercicio del comercio. La aparición de este instrumento dio lugar al surgimiento del criterio subjetivo mercantil; es así como al comerciante no solamente se le aplicaban las reglas que allí se encontraban consignadas, sino que este quedaba sometido a la jurisdicción de los tribunales de comercio correspondientes –denominados tribunales consulares–, los cuales eran ajenos a la justicia común y cuya característica principal era la agilidad de los procedimientos. Cfr. Medina Vergara, ob. cit., pp. 9 y 10. Cfr. también Osman, ob. cit., p. 10.

17 "Era un derecho profesional, consuetudinario y subjetivo. Surgen las corporaciones como antecedentes de los gremios comerciales modernos, compuesto por mercaderes, artesanos e industriales con el objeto de velar por el buen funcionamiento de sus actividades. La disciplina nacida dentro de las corporaciones tienen un origen estrictamente consuetudinario, transnacional, basado en las costumbres de los comerciantes y regida por ellos mismos": Jaramillo Vargas, J. (1998). "La '*Lex Mercatoria*': mito o realidad", en *Negocios Internacionales. Tendencias, Contratos e Instrumentos*, Cámara de Comercio de Bogotá, p. 38.

así como de las decisiones o sentencias que decidían los diferentes asuntos. "Con el tiempo, tales disposiciones adquirieron contornos concretos y, sobre todo, certeza. Así, tuvieron una repercusión decisiva en la evolución de las instituciones jurídico-mercantiles, pues casi todos los puntos comerciales de Italia, Francia y España, centros del comercio medieval, promulgaron sus propios ordenamientos"[18]. A este cuerpo jurídico se le denominó *Lex Mercatoria*, es decir, la "ley de los comerciantes", término recogido por primera vez en el tratado *Consuetudo vel Lex Mercatoria*, escrito por Gerald Malynes y publicado en 1622[19].

Este régimen jurídico tenía como fundamento el concepto de equidad –*ex aequo et bono*– y permitió dirimir las controversias relacionadas con los asuntos de los comerciantes de la época[20]. Adicionalmente, tenía las siguientes características:

– Se trataba de un derecho profesional, de clase y autónomo, pues era aplicado exclusivamente a comerciantes, quienes adquirían tal calidad por pertenecer a la *curia mercatorum*, luego de su inscripción en el *liber*. Así mismo, por cuanto los tribunales especiales, ajenos a la jurisdicción común, y formados por los propios comerciantes, decidían las controversias que se suscitaban entre ellos.

– Era un derecho consuetudinario, dado que su fuente principal no era la ley escrita o el derecho civil, sino la costumbre.

– Tenía un carácter internacional, supranacional o universal, pues para ese entonces no existían Estados-naciones y su aplicación se daba principalmente en las ferias, lo que le permitía trascender las divisiones territoriales de la época.

---

18 Dentro de las más importantes se encuentran: el *Liber del Consulat de Mar*, los *Roles o Juicios de Olerón*, las *Leyes de Wisby*, las *Actas de las Asambleas de la Liga Hanseática*, las *Capitulare Nauticum*, el *Guidón de la Mer*, el *Constituto Uso* de Pisa, el *Liber-Consuetudinem* de Milán y los *Estatutos* de Marsella. Véase Basedow, J. (2010). "El derecho privado estatal y la economía". Basedow, J.; Fernández Arroyo, D.P. & Moreno Rodríguez, J.A. (2010). *Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional*, La Ley – Cedep – Thomson Reuters, Asunción, pp. 6 y 7; Osman, ob. cit., p. 10; Narváez García, ob. cit., pp. 14-16.

19 Moreno Rodríguez, J.A. (2003). "La nueva '*Lex Mercatoria*': ¿un fantasma creado por profesores de la Sorbona?", en *Foro de Derecho Mercantil – Revista Internacional*, n.° 1, Legis, Bogotá, pp. 99 y 100.

20 Cadena Afanador, W.R. (2004). *La nueva 'Lex Mercatoria'. La transnacionalización del derecho*, Universidad Libre de Colombia, Bogotá, pp. 63 y 64; Moreno Rodríguez, "La nueva '*Lex Mercatoria*': ¿un fantasma creado por profesores de la Sorbona?", cit., p. 95.

– Era un sistema innovador, dada la alta capacidad de los comerciantes para crear novedosos instrumentos de crédito o préstamo, al igual que otras figuras tendientes a establecer la veracidad de las estipulaciones contractuales[21].

Los principios jurídicos creados y recopilados por los mercaderes durante la Edad Media fueron recogidos por el movimiento codificador del siglo XIX, lo cual dio lugar a su nacionalización y tipificación normativa[22]. Así, en aras del afianzamiento del acto de comercio y el surgimiento del criterio objetivo, en contraposición al profesional subjetivo, la *Lex Mercatoria* perdió muchas de sus características propias convirtiéndose en el derecho comercial moderno[23].

2. LA RESURRECCIÓN –O RENACIMIENTO– DE UN CONCEPTO

Como se indicó al comienzo de este capítulo, la globalización de los mercados surgida durante la segunda mitad del siglo XX, caracterizada según

21 Al respecto, cfr. ASCARELLI, T. (1964). *Iniciación al estudio del derecho mercantil*, trad. de Evelio Verdera y Tuells, Real Colegio de España en Bolonia, Barcelona, p. 31, cit. en OVIEDO ALBÁN, ob. cit., pp. 25-27.

22 MORENO RODRÍGUEZ "La nueva '*Lex Mercatoria*': ¿un fantasma creado por profesores de la Sorbona?", cit., p. 95.

23 En Inglaterra, el proceso nacionalizador del derecho de los comerciantes –*Law Merchant*– se hizo a través una integración del derecho privado general –*common law*– y la *Lex Mercatoria*. Esta reforma fue obra de WILLIAM MURRAY MANSFIELD, presidente del Tribunal Superior de Primera Instancia durante el período 1754-1788, mediante una delimitación novedosa de la mecánica procesal, de tanta relevancia en un sistema judicialista como el inglés. En términos generales, esta labor consistió en separar los aspectos jurídico-sustantivos de los pleitos, los cuales incluían la *Lex Mercatoria*, respecto de la aportación de los hechos, atribuyéndose su conocimiento al juez ordinario. Así, la ley mercantil quedó subsumida en las formas que para la época integraban este sistema jurídico: (i) el *civil law*, heredado de la última etapa del derecho romano; (ii) el *common law*, que era un derecho consuetudinario de origen nativo, desarrollado por la jurisprudencia a través del sistema de precedentes; (iii) el *equity*, constituido por las decisiones de la *Court of Chancery* para salvar la relativa inequidad del *common law*, y (iv) el *statute law*, típico derecho escrito formado por *acts* –leyes– emanados del Parlamento. Mientras el primero desapareció paulatinamente, el segundo absorbió el tercero, y el último quedó como fuente excepcional y complementaria del *common law*. Cfr. GRIGERA NAON, H.A. (2005). "El derecho aplicable en el arbitraje comercial internacional". SILVA ROMERO, E. & MANTILLA ESPINOSA, F. (2005). *El contrato de arbitraje*, Legis y Universidad del Rosario, Bogotá, pp. 610 y 611. Respecto de la decadencia de la *Lex Mercatoria* en Inglaterra, véase DE EIZAGUIRRE, ob. cit., p. 16; KOZOLCHYK, B. (2006). *La contratación comercial en el derecho comparado*, Dykinson, Madrid, p. 176.

GALGANO por tener un lenguaje propio –el idioma inglés[24]–, ha requerido de la existencia de un derecho ajeno a los Estados que regule uniformemente las relaciones mercantiles expresadas en contratos que trascienden las fronteras[25]. Más allá de constituirse como normas legales, estos principios han sido creados directamente "por la clase empresarial, sin intervención política alguna por parte de los Estados"[26].

Algunos señalan que este sistema realmente adquirió vigencia a partir del 21 de junio de 1985, fecha en la que por primera vez un instrumento internacional reconoció su procedencia como fuente para resolver conflictos en materia comercial. Se trata del artículo 28(1) de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI[27], que indica:

> *Normas aplicables al fondo del litigio.* (1) El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.

Desde entonces, este sistema jurídico ha adquirido tal relevancia, consistencia y obligatoriedad que permite regular la ejecución de los negocios transnacionales.

24 MORENO RODRÍGUEZ. "La nueva '*Lex Mercatoria*': ¿un fantasma creado por profesores de la Sorbona?", cit., pp. 99 y 100.

25 Según BARTON, "*The desire of merchants that their contracts across national boundaries is as old as international trade itself*": BARTON, G. (1985). "The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, n.° 18, p. 22, disponible en: www.jstor.org/discover/10.2307/23246982?uid=3737808&uid=2134&uid=2474462793&uid=2474462783&uid=2&uid=70&uid=3&uid=60&purchase-type=none&accessType=none&sid=21102679821803&showMyJstorPss=false&seq=1&showAccess=false, consulta realizada el 22 de septiembre de 2013.

26 "*... the basic essence of lex mercatoria – a body of law, independent of any national law, which applies to international commercial transactions*": MANSOOR, Z. (2013). "Principles of European contract law: An autonomous *lex mercatoria* or part of a universal *lex mercatoria*". *International Journal of Private Law*, Inderscience, Olney, vol 6, n.° 1, p. 25, Buckinghanshire. Cfr., además, PÁEZ MURCIA, H.A. (2006). "Naturaleza jurídica de la *Lex Mercatoria*", *Temas Jurídicos*, Universidad del Rosario, n.° 18, pp. 97-99. "Retorna así la idea de un derecho mercantil 'despolitizado', cuya uniformidad supranacional pueda realizarse independientemente de la unidad política, no asociada por tanto a más elementos que los de unidad de mercado": FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA & CALVO-CARAVACA, ob. cit., pp. 46-51.

27 CADENA AFANADOR, ob. cit., pp. 21 y 22.

Para poder entender con claridad de dónde surge la importancia de este sistema, a continuación se precisará cuál es su contenido, y luego se hará una revisión a la utilización de los diferentes términos que la doctrina ha utilizado para designarlo. Posteriormente, se analizarán las diversas críticas que una buena parte de los autores ha expresado respecto de la escogencia de la expresión "nueva *Lex Mercatoria*".

2.1. CONTEXTUALIZACIÓN Y CONTENIDO

Previa determinación de cuál debe ser el término preciso que defina el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales, la pregunta que se debe responder es en qué consiste realmente este sistema, y cuál es su contenido. GOLDMAN, por ejemplo, lo entiende como un conjunto de principios, instituciones y reglas provenientes de diversas fuentes que nutre constantemente las estructuras legales y la actividad específica de la colectividad de quienes operan en el comercio internacional. A su juicio, se trata "de normas transnacionales que se van dando paulatinamente a sí mismos los socios en los intercambios comerciales, sobre todo en el marco de sus organismos profesionales y que los árbitros, contractualmente designados por ellos, para resolver sus litigios[,] confirman, y así mismo precisan, e incluso elaboran para ellos"[28].

PERALES VISCASILLAS lo entiende como un régimen uniforme que se constituye como "una regla única, de validez potencialmente universal, para disciplinar una concreta conducta transfronteriza cualquiera que sea la nacionalidad de las partes obligadas, el lugar de la prestación o el emplazamiento de la cosa en relación con el cual la conducta debe ser satisfecha"[29]. Es entonces un sistema que permite unificar los regímenes jurídicos que regulan los contratos que posibilitan la realización del comercio internacional[30].

---

28 GOLDMAN, B. (1979). "La *Lex Mercatoria* dans les contrats et les arbitrages internationaux: realité et perspectives", *Journal Clounet*, n.º 106, cit. en PÁEZ MURCIA, ob. cit., p. 98; CADENA AFANADOR, ob. cit., pp. 63 y 64.

29 ILLESCAS ORTIZ & PERALES VISCASILLAS, ob. cit., pp. 31-34.

30 "La búsqueda de relaciones jurídicas seguras y estables ha sido precisamente el motor sobre el que ha girado el movimiento de unificación jurídica internacional de los contratos comerciales internacionales, motivada a su vez por los cambios tecnológicos, comerciales e industriales y por la globalización que se ha producido en una gran parte de las economías del mundo": PERALES VISCASILLAS, P. "Derecho uniforme del comercio internacional y tratados de libre comercio en América", en GÓMEZ SEGADE, J.A. & GARCÍA VIDAL, Á. (2010). *El Derecho Mercantil en el Umbral del Siglo XXI*, Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos FERNÁNDEZ-Novóa en su Octogésimo Cumpleaños, Marcial Pons, Madrid, p. 63.

Otros lo definen como una categoría histórico-jurídica de usos y prácticas comerciales consuetudinarias que mediante la aceptación coetánea de ciertas reglas de conducta por parte de los actores económicos internacionales permiten resolver jurisdiccionalmente las controversias a través del arbitraje, además de realizar diversas transacciones comerciales. O, también, como "la transnacionalización del derecho comercial internacional que excede la esfera estatal y se configura como un derecho de clase, autónomo e informal en cabeza de las empresas transnacionales y multinacionales"[31].

En todo caso, este concepto se desarrolla con independencia de cualquier sistema legal nacional, el cual eventualmente puede comprender un conjunto de normas, autónomo en su existencia y en su ejecución de los ordenamientos jurídicos de las partes contratantes, y que trasciende los ámbitos del derecho comparado[32]. Por ello, su contenido se encuentra fundamentado en tres elementos: (i) la práctica contractual; (ii) los usos del comercio, y (iii) los principios generales del derecho[33].

Es así como se pueden diferenciar tres corrientes doctrinarias que señalan su alcance:

– Los positivistas, quienes lo consideran como una fuente de unificación del derecho mercantil internacional a través de usos y costumbres, convenciones internacionales y leyes modelo, siendo aplicables, exclusivamente, a través de leyes estatales. Para ellos, se trata de un concepto sintético que reúne similitudes entre varios sistemas legales nacionales[34].

---

31 Incluso, podría tratarse de una serie de principios y reglas jurídicas que se encuentran disponibles para los actores del comercio internacional, cuya formulación legal originaria procede de la cultura occidental, y que se extiende de manera global. Cfr. CADENA AFANADOR, ob. cit., pp. 21 y 22.

32 JARAMILLO VARGAS, ob. cit., pp. 46-48.

33 MARCHESE, C. R. (2009-2010). "La *Lex Mercatoria* ed i rapporti con le law firms", tesis doctoral, Università degli Studi di Milano, Milano, pp. 44-54, disponible en: http://air.unimi.it/bitstream/2434/155658/4/phd_unimi_R07052.pdf, consulta realizada el 20 de septiembre de 2013. Desde otro punto de vista, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ enumera las características propias de la *Lex Mercatoria* como sigue: (i) origen privado, al no intervenir en su configuración ninguna clase de autoridad estatal, (ii) autonomía, al estar desvinculada totalmente de cualquier ordenamiento jurídico nacional o local, y (iii) mecanismos de coacción propia, al ser su foro común el arbitraje comercial internacional. Cfr. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, "Reconocimiento de la *Lex Mercatoria* como normativa propia y apropiada para el comercio internacional", cit., pp. 56-61.

34 Esta postura está basada en la teoría clásica que sostiene que cualquier contrato que no sea celebrado entre Estados, en su calidad de sujetos internacionales de derecho internacional público,

– Los pragmáticos, quienes señalan que se trata de una multitud de fuentes del derecho de los negocios internacionales. Sin embargo, dejan de lado las bases teóricas que le sirven de origen.

– Los autónomos, quienes lo conciben como un sistema legal separado de los ordenamientos jurídicos nacionales y del derecho internacional público, y según los cuales su autonomía se funda en el hecho de que se trata de una estructura jurídica más antigua que el Estado-Nación[35].

Lo cierto es que se trata de un sistema histórico-jurídico surgido de manera consuetudinaria en un entorno supra o transnacional, el cual vincula reglas jurídicas aceptadas universalmente que rigen la operación del comercio internacional, las que se desprenden de la mayoría de los sistemas jurídicos existentes. Estas pautas de comportamiento tienen carácter y aceptación universales por parte de los miembros de la sociedad comercial global, lo que justifica su existencia, por cuanto provienen de un cuerpo social estructurado, que ha diseñado e implementado un orden jurídico propio extraestatal[36].

tiene que estar supeditado a la aplicación de alguna ley local. En consecuencia, la nueva *Lex Mercatoria* no constituye un sistema legal supranacional por ser un concepto demasiado vago e indiferenciado. Por lo tanto, si bien tiene orígenes transnacionales solo existe en virtud de que los Estados dan efecto a las convenciones y leyes uniformes por medio de la ratificación en códigos locales y por costumbres comerciales que son articuladas por agencias internacionales para la elaboración de convenciones internacionales: cfr. JARAMILLO VARGAS, ob. cit., pp. 46-48.

35 Otros doctrinantes disidentes, como CLIVE SCHMITTHOFF, reconocen la existencia de la nueva *Lex Mercatoria*, pero supeditan su aplicación a la incorporación de estas disposiciones en los ordenamientos jurídicos nacionales: cfr. JARAMILLO VARGAS, ob. cit., pp. 46-48.

36 "*Hormis cette hypothèse de conflit, la coexistence, voire l'application combinée, des lois étatiques et de la Lex Mercatoria n'est pas discutée*": OPPETIT, B. (1998). *Droit et modernité*, Presses Universitaires de France, Paris, p. 60. Respecto de la aceptación universal de la nueva *Lex Mercatoria*, LANDO precisa: "*Whether legal norms possess validity is a socio-psychological question, depending entirely on whether those empowered to apply the norms do actually apply them and not on whether they are adopted or approved by a governmental authority. In practice, arbitral tribunals have applied lex mercatoria in international arbitration procedures. And indeed the lex mercatoria has acquired a certaine authority. National courts have recognized the application of lex mercatoria by arbitral tribunals*": LANDO, O. "The rules of European contract law", p. 6, disponible en: www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lando2.html, consulta realizada el 20 de septiembre de 2013.

2.2. LA EXCESIVA CREATIVIDAD TERMINOLÓGICA Y LA PREDILECCIÓN POR EL USO DE LA EXPRESIÓN "NUEVA 'LEX MERCATORIA'"

Desde el surgimiento de este sistema de regulación jurídica aplicable a los contratos internacionales, la doctrina especializada ha intentado infructuosamente escoger un término que sea lo suficientemente concreto y preciso como para permitir definir exactamente su contenido. Así, dentro de las diferentes acepciones señaladas por los autores se destacan: "derecho mercantil internacional", "*ius mercatorum*", "*new law merchant*", "*law of the merchant*", "*Lex Mercatoria* internacional", "derecho internacional transnacional", "derecho consuetudinario internacional", "autorregulación del comercio internacional", "usos internacionales", "principios generales del derecho comercial internacional", "reglas comerciales internacionales", "reglas anacionales", "reglas transnacionales" o "derecho uniforme del comercio internacional" (DUCI)[37].

Sin embargo, la expresión más utilizada por la doctrina en general para definir este sistema es "nueva *Lex Mercatoria*"[38], la cual fue enunciada por Lord MUSTILL en un artículo que por su importancia en la materia resulta el punto de partida para su contextualización científica[39]. Posteriormente

37 Al respecto, cfr. FOUCHARD, P.; GAILLARD, E. & GOLDMAN, B. (1999). *International commercial arbitration*, Kluwer, La Haya, pp. 805-807; WEILER, T. (2005). *International investment law and arbitration: leading cases from the Icsid, Nafta, bilateral treaties and customary international law*, Cameron May, Londres, pp. 398 y 399; DERAINS, Y. & SCHWARTZ, E.A. (2005). *A guide to the ICC Rules of arbitration*, Kluwer Law, La Haya, p. 236; ILLESCAS O. & PERALES VISCASILLAS, ob. cit., pp. 27 y 28; NARVÁEZ GARCÍA, ob. cit., pp. 40 y 41; FERNÁNDEZ & CALVO-CARAVACA, ob. cit., pp. 46-51; DE EIZAGUIRRE, ob. cit., pp. 182-184; OVIEDO ALBÁN, J. (2006). *Aplicabilidad de la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías como Lex Mercatoria*. CALVO-CARAVACA, A.L. & OVIEDO ALBÁN, J. (dirs.), *Nueva Lex Mercatoria y Contratos Internacionales*, Ibáñez, Bogotá, t. 2, pp. 32-35; CADENA AFANADOR, ob. cit., pp. 63 y 64.

38 Según explica FRANCO LEGUÍZAMO, con esta expresión latina se "evocan el *ius gentium* y las leyes del mar de Rodas en el contexto de la antigüedad, a la vez que, la *law merchant* en Inglaterra, el *droit des foires* en Francia, el *ius mercatorum* en Italia, y el *Consolato del Mare* en España, todos en el ámbito de la época medieval": FRANCO LEGUÍZAMO (2007). "De la *Lex Mercatoria* a la *Lex Construccionis*", *Revist@ e-Mercatoria*, vol. 6, n.º 1, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, disponible en: http://comunicaciones.uexternado.edu.co/revistas/index.php?journal=emerca&page=article&op=view&path%5B%5D=2073, consulta realizada el 20 de septiembre de 2013).

39 MUSTILL, M.J. (1987). "New *Lex Mercatoria*: the first twenty-five years", *Liber Amicorum for Lord Wilberforce*, Bos & Brownlie, Oxford, pp. 149-183.

fue utilizada por distinguidos académicos como BERTHOLD GOLDMAN, CLIVE SCHMITTHOFF, PIERRE LALIVE y RENÉ DAVID, con lo cual adquirió una utilización generalizada[40].

2.3. CRÍTICAS Y REPAROS A LA UTILIZACIÓN DEL TÉRMINO

A pesar de su generalización, el uso de la expresión "nueva *Lex Mercatoria*" ha sido objeto de múltiples críticas por parte de la doctrina especializada[41] pero, principalmente, por su vaguedad y por la inexistencia de una definición concreta del mismo[42]. Así, ALJURE SALAME afirma que la nueva *Lex Mercatoria* "no corresponde a normas que provengan de tratados internacionales o de normas nacionales, pues tiene su origen en principios o prácticas de los comerciantes que, por su general aceptación, son acogidas como *lex contractus* en los negocios internacionales"[43]. Otros, como LANDO, sostienen que este

40 "... esta ha surgido debido a la complejidad de las reglas del derecho internacional privado, así como por la obsolescencia e inadecuación de las leyes domésticas, las cuales no satisfacen la simplicidad y certeza requeridas por la comunidad de los negocios. De ahí la necesidad de recurrir a soluciones alternativas para evitar la aplicación de las leyes nacionales y al arbitraje. Con ello, se crea un sistema regulatorio propio, independiente de los ordenamientos jurídicos, al que se identifica entonces como *Lex Mercatoria*": FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA & CALVO-CARAVACA, ob. cit., pp. 46-51.

41 Según refiere LEBEN, la controversia se inició en 1960 por diferentes autores, entre quienes se encuentran BERTHOLD GOLDMAN, PHILIPPE FOUCHARD, PHILIPPE KAHN y CLIVE SCHMITTHOFF: cfr. LEBEN, C. (2003). *Le droit international des affaires*, 6.ª ed., Presses Universitaires de France, Paris, p. 30. Por ejemplo, FOUCHARD, GAILLARD & GOLDMAN consideran más acertado el uso de "reglas transnacionales", pues los elementos que la componen coinciden con los mencionados en la definición propuesta. Sin embargo, aclaran que resulta esencial "no confundir reglas transnacionales con usos comerciales internacionales. Estos últimos son prácticas generalmente seguidas en una industria específica, como opuestas a las reglas de derecho genuinas": FOUCHARD, GAILLARD & GOLDMAN, ob. cit., pp. 805-807. Cfr., además, OSMAN, ob. cit., p. 9. Sin embargo, las principales críticas se refieren a la "autoridad" de la *Lex Mercatoria*: cfr. OPPETIT, ob. cit., pp. 58-69. Cfr., así mismo, JARAMILLO VARGAS, ob. cit., pp. 46-48; TALERO RUEDA, S. (2008). *Arbitraje comercial internacional. Instituciones básicas y derecho aplicable*, Uniandes – Temis, Bogotá, pp. 307-312. Incluso, algunos van más allá y afirman que la teoría elaborada en torno a estos términos no existe: cfr. MORENO RODRÍGUEZ, J.A. "La nueva '*Lex Mercatoria*': ¿un fantasma creado por profesores de la Sorbona?", cit., p. 99.

42 "*It would not be an exaggeration to say that there are almost as many definitions or lex mercatoria as there are authors who have written on it. No one definition has won majority support. Then there are the critics who question its very existence*": MANSOOR, ob. cit., p. 25.

43 Por ello, solamente harían parte de este sistema los Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales y los *Principios de Derecho Europeo de los Contratos*: cfr. ALJURE SALAME, A. (2011). *El contrato internacional*, Legis, Bogotá, pp. 1 y 2 y 171. Sin embargo, la doctrina mayoritaria incluye los procesos de creación normativa realizada por los organismos internacionales en instrumentos internacionales como parte de ese sistema transnacional.

concepto no contiene un carácter internacional de "derecho", habida cuenta de que no se encuentra respaldado por una autoridad gubernamental que le dé validez a sus normas desde el punto de vista democrático[44]. Por ello, la palabra '*Lex*' resulta inadecuada, no solo por su condición fuertemente consuetudinaria sino por la pluralidad de fuentes de las que dispone[45].

La cuestión reviste tanta incertidumbre que resultaría factible que algunos de los diferentes términos mencionados para definir el sistema puedan definir cosas distintas. Por ejemplo, mientras la nueva *Lex Mercatoria* es aquella que surge de las decisiones proferidas por los tribunales arbitrales, el DUCI cubriría las normas en sentido material expedidas por los organismos internacionales y que regulan el comercio transfronterizo. Adicionalmente, otras objeciones doctrinales a la utilización de la expresión "nueva *Lex Mercatoria*" se resumen en los siguientes aspectos[46]:

44 Esta posición es resumida por LANDO en estos términos: "*Its opponents maintain that a lex mercatoria cannot be valid for the simple reason that is not backed by governmental authority. No legislature has adopted or ratified it. Moreover, they say, it is difficult, if not impossible, to define its substance and component elements. Even if some general legal principlles and other 'international sources of law' could be identified as parts of a lex mercatoria, it would not be desirable, for political and other reasons, to use it as the basis of an arbitral award. The lex mercatoria, according to its opponents, is an indefinite and unbounded 'source of law'. Its 'application' would lead to nothing more than 'cadi justice' and would pose a threat to legal consistency. Consequently, in their view, every arbitral award and every judgment by a state court must be founded on national law*": LANDO. "The rules of European contract law", cit., p. 6.

45 "Fuertes críticas son proferidas desde el *common law*, sobre todo inglés, en tanto que en Europa continental los conceptos se vienen propagando desde hace más de tres décadas, y en el mundo en vías de desarrollo aún existe un marcado recelo, coincidente con las reticencias que allí provoca el principio de la autonomía o libertad contractual, que constituye el pilar sobre el que se asienta la actividad jurídica transfronteriza. En Estados Unidos –destaca Dalhuisen–, la doctrina de la *Lex Mercatoria* ha sido mejor recibida, debido a los avances experimentados desde los años 30 en el enfoque de los conflictos de leyes entre los Estados que conforman aquel país, aun cuando allí el desarrollo moderno de la disciplina no analice la cuestión en términos de un emergente superderecho, sino como interpretación del propio derecho interestatal": MORENO RODRÍGUEZ, "La nueva '*Lex Mercatoria*': ¿un fantasma creado por profesores de la Sorbona?", cit., pp. 99 y 100.

46 CALVO-CARAVACA, A.L. & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2009). "Los contratos internacionales y el mito de la 'Nueva *Lex Mercatoria*'", en ZAPATA DE ARBELÁEZ, A. *Derecho Internacional de los Negocios. Alcances*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, t. III, pp. 73-77; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ. "Reconocimiento de la *Lex Mercatoria* como normativa propia y apropiada para el comercio internacional", cit., pp. 61-72.

– Todo contrato que no ha sido celebrado entre Estados, como sujetos de derecho internacional que son, debe someterse a una ley nacional, lo cual no ocurre con la nueva *Lex Mercatoria*, por cuanto su utilización desplaza el derecho nacional.

– Su función es secundaria, no autónoma, puesto que condiciona su desarrollo a la aceptación que de ella tienen los derechos estatales.

– No se trata de un sistema jurídico, pues se presenta como un conglomerado multiforme de reglas de comportamiento comercial sin gozar de unidad sistemática, dado que existen múltiples reglas aplicables a los diferentes asuntos, sin que exista una única nueva *Lex Mercatoria*.

– Se le acusa de no regular todos y cada uno de los aspectos relacionados con los contratos que pretende regular, razón por la que no existe un contrato exclusivamente regulado por la nueva *Lex Mercatoria*.

A pesar de que todos estos argumentos gozan de cierta coherencia y lógica, la importancia y el reconocimiento del contenido de la nueva *Lex Mercatoria* son una realidad jurídica global, que al igual que el derecho comercial medieval surge extrapolada del sistema de creación soberano estatal. En efecto, nace en los negocios trasfronterizos, se desarrolla en las estipulaciones contractuales, se decanta gracias a su ejecución por las partes en el cumplimiento de los contratos, evoluciona en virtud de su estudio y sistematización por organismos internacionales, y adquiere validez con la interpretación que de ella hacen los árbitros internacionales al resolver litigios donde se hace necesaria su aplicación, lo cual se analiza acto seguido.

3. LAS FUENTES DE LA 'LEX MERCATORIA' Y LA 'LEX MERCATORIA' COMO FUENTE

La nueva *Lex Mercatoria* tiene como fuente los usos y costumbres comerciales, contratos tipo, principios generales de contratación, códigos de conducta, disposiciones proferidas por organismos internacionales en instrumentos normativos y extranormativos –como convenciones y leyes modelo– y en las decisiones tomadas por paneles arbitrales internacionales en materia comercial. Esto, siempre y cuando tengan un contenido uniforme transnacional y sean aceptados como obligatorios por la comunidad internacional de negocios[47].

47 MANSOOR, ob. cit., p. 32.

A continuación se hará referencia a la manera como la nueva *Lex Mercatoria* se constituye en fuente material del derecho[48], y posteriormente se hará referencia a los dos instrumentos que son considerados como su origen.

3.1. PERSPECTIVAS DE LA NUEVA 'LEX MERCATORIA' COMO FUENTE DEL DERECHO

Este aspecto de la nueva *Lex Mercatoria* será analizado desde cuatro perspectivas: (i) el derecho rígido o *hard law*, (ii) el derecho suave o *soft law*, (iii) el *softer law*, y (iv) el papel del árbitro en la escogencia de la nueva *Lex Mercatoria* como fuente.

3.1.1. EL DERECHO RÍGIDO O 'HARD LAW'

Está formado por todos aquellos instrumentos legales elaborados tanto por los Estados[49] como por entes supranacionales que tienen la función de armonizar las instituciones mercantiles, especialmente en materia contractual[50].

48 Resulta interesante la posición de HIGHET en este aspecto, quien señala que la nueva *Lex Mercatoria* no es un derecho autónomo. A juicio de este autor: "*Just because the lex mercatoria is theoretically available as a source for interpretation or amplification of contractual clauses does not make it law. It is in my own view, not a system of lex mercatoria but rather, at most, a set of principia mercatoria*": HIGHET, K. (1989). "The enigma of the *Lex Mercatoria*", *Tulane Law Review*, p. 616, cit. en MANSOOR, ob. cit., p. 27.

49 En ocasiones, las normativas internas de los Estados tienen una vocación de regulación transnacional. Un ejemplo de lo anterior es el Código de Comercio Uniforme de Estados Unidos, el cual contiene una serie de disposiciones que han sido recogidas por algunos otros países para ser parte de sus derechos internos —al respecto, cfr. GEVA, B. (1995-1996). "Uniformity in commercial law: Is the UCC exportable?", 29 *Loy. L. A. L. Rev.* 1035, disponible en: heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/lla29&div=36&id=&page=, consulta realizada el 12 de agosto de 2013—. Según refiere CÁRDENAS MEJÍA, en el ámbito internacional existen diversos instrumentos con los cuales se busca hacer claro y previsible el régimen de los contratos. "Es el caso de los tratados de Montevideo, el Código Bustamante y la Convención de México, que tienen poco alcance. En Europa existe la Convención de Roma. Sin embargo, dichos mecanismos son insuficientes, pues en todo caso se mantiene la pluralidad de leyes aplicables y las dificultades de aplicación correcta. Además, las normas de conflicto se remiten a leyes nacionales que no han sido elaboradas en el contexto de una transacción internacional y por ello no siempre son adecuadas": CÁRDENAS MEJÍA, J.P. (2010). "Contratos comerciales presente y futuro", *Memorias II Congreso Internacional de Derecho Comercial. Presente y futuro del derecho comercial*, Colegio de Abogados Comercialistas, Cámara de Comercio de Bogotá, Universidad del Rosario, Universidad Sergio Arboleda, Universidad de la Sabana y Legis, Bogotá, p. 168.

50 "Por razón de su contenido, las normas que van paulatinamente apareciendo resultan susceptibles

Para que estos tengan validez y aplicabilidad dentro de un ordenamiento jurídico se requiere de su aprobación como tratados, de conformidad con el procedimiento establecido para tal efecto por la Constitución y la ley. Actualmente, son cientos los documentos que existen bajo esta categoría, pero quizá los más importantes en esta materia son la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York)[51] y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías[52].

---

prima facie de una clasificación dual; normas, primero, que tienden a permitir o meramente facilitar el comercio internacional[,] y reglas, segundo, cuyo objeto relevante es disciplinar las relaciones comerciales internacionales individualmente consideradas en sus aspectos obligacionales y de derecho privado": ILLESCAS ORTIZ & PERALES VISCASILLAS, ob. cit., pp. 27 y 28. El *hard law* es normalmente creado por el Estado o respaldado por él: cfr. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. (2009). *Introducción al derecho comercial internacional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 219.

51 Aunque esta normativa internacional fue adoptada por el pleno de las Naciones Unidas en 1958, en la actualidad se encuentra a cargo del "Grupo de trabajo sobre arbitraje y conciliación comercial internacionales" de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), quien asumió este mandato en 1966. Cfr. CÁRDENAS MEJÍA, ob. cit., p. 169. A la fecha cuenta con 149 Estados parte. El texto de este documento y los desarrollos subsecuentes de los que ha sido objeto se encuentran disponibles en: www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration.html, consulta realizada el 7 de septiembre de 2013.

52 En palabras de ETCHEVERRY, este instrumento internacional es un ejemplo de integración entre los diferentes modos de enfocar la misma cuestión entre los dos grandes sistemas jurídicos —derecho civil y *common law*—. "En muchas de sus reglas normativas, se observa la incorporación de principios típicamente anglosajones en textos que también contienen reglas básicas articulares del sistema romano-germano": ETCHEVERRY, R.A. (2009). "El derecho comercial internacional. Nuevas fuentes", en ANAYA, J.L. y ALEGRÍA, H. *La Ley, Derecho comercial, Doctrinas esenciales, Parte general. Empresas y personas del comercio. Prescripción*, t. 1, Buenos Aires, p. 229. En efecto, su coherencia normativa es tal que este documento se constituye como uno de los más importantes textos normativos internacionales en la actualidad, pues cuenta con 79 Estados partes, luego de 33 años de haber sido aprobada por las Naciones Unidas. El texto completo y oficial de esta convención se encuentra disponible en español en: www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/CISG-s.pdf, consulta realizada el 7 de septiembre de 2013. Según destaca Oviedo, este cuerpo normativo ha influenciado diferentes reformas legislativas entre las que se encuentran la ley de 2002 de modernización del Código Civil alemán, los códigos civiles expedidos en los países de Europa del Este tras la caída de la Unión Soviética, la Ley China de Contratos y la Directiva 199/44/CE del Parlamento y del Consejo Europeo sobre Venta de Bienes de Consumo, entre otros. Cfr. OVIEDO ALBÁN, J. (2010). "La Convención sobre Compraventa Internacional: impacto en los derechos nacionales", *Ámbito Jurídico*, n.º 308, Legis, Bogotá, p. 18. Sin embargo, CÁRDENAS MEJÍA advierte que a pesar de las bondades de este mecanismo, en su implementación se encuentran dificultades, pues, al buscarse la mayor cantidad de adhesiones al texto por parte de los Estados, en ciertos casos se procura llegar a soluciones intermedias que muchas veces pueden no ser ideales desde un punto de vista técnico. En otros, se deja la posibilidad de

3.1.2. EL DERECHO SUAVE O 'SOFT LAW'

Son reglas y principios generales no coercitivos que regulan los contratos transnacionales y cuya obligatoriedad se deriva de la autonomía de la voluntad, cuando las partes deciden incorporarlos a sus estipulaciones, o al servir de guía para la toma de las decisiones de árbitros y jueces al fallar principalmente conflictos donde las partes no han escogido ley aplicable que regule sus convenios[53]. Estos documentos se caracterizan por su constante revisión, y porque permiten unificar todos los sistemas jurídicos existentes, pues en su formación, basada en el sistema de consenso, participan prestigiosos juristas representantes de la mayor parte de las naciones del mundo[54].

De los múltiples textos que forman esta categoría se pueden citar los *Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, a los cuales se hará referencia a renglón seguido, y los *Principios de Derecho Contractual Europeo*, creados tanto por la Comisión Lando como los elaborados al interior del Proyecto PAVÍA, llamado también GANDOLFI[55]. Así mismo,

---

acudir a las disposiciones nacionales, se adoptan fórmulas ambiguas o, si hay controversia, se prescinde de establecer una regulación para evitar su rechazo y conseguir un mayor número de adherentes. Cfr. CÁRDENAS MEJÍA, ob. cit., pp. 168 y 169.

53 OSMAN, ob. cit., pp. 283 ss. El *soft law* es normalmente aprobado por las partes mismas, aunque a menudo se declare que los Estados también están implicados en su formulación: cfr. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *Introducción al derecho comercial internacional*, cit., p. 219. Respecto de esta categoría se ha criticado su explosión, pues bajo la autonomía de la voluntad de las partes, los Estados han dejado de regular extensas áreas del arbitraje. "Paradójicamente, este movimiento de deslegalización no ha tenido como consecuencia menos reglas. Todo lo contrario, los actores privados han invadido el espacio dejado por los Estados con reglas muy detalladas y a veces densas": KAUFFMAN-KOHLER, G. "La codificación y la normatividad del *soft law* en el arbitraje internacional", en BASEDOW, FERNÁNDEZ ARROYO & MORENO RODRÍGUEZ, "Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional", cit., p. 125.

54 Respecto de este tipo de normativas, CÁRDENAS MEJÍA también plantea la existencia de una crítica consistente en que cada país puede introducir modificaciones a los textos por lo que, al final, estos terminan siendo diferentes al planteado en la Ley Modelo. "Además, al incorporar los textos modelo dentro de cada ordenamiento, es natural que dichos textos comiencen a ser interpretados de acuerdo con los principios de cada uno y no necesariamente de acuerdo con el sentido que le[s] quisieron dar sus redactores": CÁRDENAS MEJÍA, ob. cit., p. 170.

55 Se trata de textos diferentes, creados por comisiones académicas lideradas por los profesores OLE LANDO y GIUSEPPE GANDOLFI, quienes tienen a su cargo la elaboración de los mismos. Cfr.: http://campus.usal.es/~derinfo/Material/LegOblContr/PECL%20I+II.pdf, consulta realizada el 12 de agosto de 2013; LANDO, O. *et al.* (eds.) (2000). *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, La Haya, pp. 1-93; OLIVER, L.E., "Principios de derecho europeo de los contratos y códigos civiles español y francés. Análisis etimológico comparado", disponible en: www10.gencat.net/eapc_rld/revistes/revista.2008-09-19.2469395181/Principis_de_dret_eu-

los *International Commerce Terms* (Incoterms) y las *Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios* (RUU(UCP)600) de la Cámara de Comercio Internacional[56] y las Reglas de York y de Amberes en materia de avería gruesa[57]. Cabe destacar cómo, en ciertas oportunidades, estos documentos tienen la habilidad incluso de interpretar o completar los ordenamientos nacionales, lo cual se tratará más adelante[58].

Adicionalmente, el *soft law* abarca las leyes modelo, que son preceptivas marco sometidas a consideración de los Estados, las cuales son elaboradas al interior de organismos internacionales por expertos provenientes de los diferentes sistemas legales y cuya perspectiva transnacional da lugar a la creación de unos postulados mínimos que permitan garantizar su correcta

---

ropeu_dels_contractes_i_codis_civils_espanyol_i_frances._Analisi_etimologica_/es, consulta realizada el 7 de septiembre de 2013. A juicio de MANSOOR, estos principios compiten entre todos, aunque los Principios europeos pretenden la armonización en materia contractual en el ámbito comunitario, mientras que los de Unidroit son más internacionales. Así mismo, estos últimos solamente son aplicables a contratos comerciales, mientras aquellos se aplican a todo tipo de contratos. Sin embargo, los elaborados por la Comisión Lando han sido ampliamente aceptados como derecho contractual europeo: cfr. MANSOOR, ob. cit., p. 31. Incluso, el propio LANDO señala que sus Principios "*can assist international arbitral tribunals if they wish to apply a non-national code of law, a lex mercatoria. The discussion on the existence and necessity of a lex mercatoria is one of the most important debates of our age in the domain of international comercial law from both a practical and a theoretical point of view*": LANDO, "The rules of European Contract Law", cit., p. 6. Respecto de los Principios Lando se volverá más adelante en este trabajo. En cualquier caso, todos estos proyectos son considerados *Professorenrecht*, término alemán que en el siglo XIX era dado a la creación jurídica por parte de los profesores universitarios: cfr. GARCÍA CANTERO, G. (2004). *La traducción española de la parte general del Código Europeo de Contratos*, Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, pp. 1-10. Otros se refieren al tema como el intento de reinventar la nueva *Lex Mercatoria* de un *jus mercatorum* a un *jus professorum*: cfr. CALVO-CARAVACA & CARRASCOSA GONZÁLEZ, ob. cit., pp. 77-85.

56 Los cuales serán tratados posteriormente.

57 Denominadas en inglés *York Antwerp Rules*, se trata de un conjunto de reglas que tienen como propósito establecer normas uniformes sobre la avería gruesa y que son incluidas voluntariamente por las partes en los acuerdos que se celebran en materia de transporte marítimo. Tales disposiciones fueron promulgadas por primera vez en 1890 y se han venido reajustando continuamente por la labor que al respecto realiza el Comité Marítimo Internacional. Fruto de esta labor, su última modificación se realizó en el año 2004. Disponibles en inglés en: www.comitemaritime.org/York-Antwerp-Rules/0,2754,15432,00.html, consulta realizada el 21 de septiembre de 2013.

58 "*L'application d'un droit national aux contrats internationaux est devenue doublement suspecte. À cet égard, les Principes d'Unidroit sont utilisés pour interpréter ou compléter le droit national, qui est généralement inadapté aux transactions commerciales internationales*": DARANKOUM, E.S. (2002). "L'application des Principes d'Unidroit par les arbitres internationaux et par les juges étatiques", 36 *RJT*, p. 441.

y adecuada implementación en los ordenamientos jurídicos, garantizando su uniformidad transnacional. Es así como el legislador puede incorporar todas o algunas de sus normas en sus legislaciones o, incluso, es posible que modifique el contenido de algunas de sus disposiciones. Sin embargo, la manera como quedan construidos estos documentos hace que, en principio, tales variaciones u omisiones no afecten el espíritu con el cual fueron elaboradas[59].

Como ejemplos de las más relevantes se pueden citar: la *Ley Modelo sobre Comercio Electrónico* de la CNUDMI, con la *Guía para su Incorporación al Derecho Interno*, junto con su nuevo artículo 5 *bis* aprobado en 1998 [[60]]; la *Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza* de la CNUDMI, con la *Guía para su Incorporación al Derecho Interno*[61]; la *Ley Modelo de Leasing* de Unidroit[62], y la *Ley Modelo sobre la Divulgación de la Información en Materia de Franquicia* de Unidroit[63].

---

59 No obstante, existen casos en los que a pesar de su incorporación en el derecho interno con base en la ley modelo, las modificaciones son de tal magnitud que se alejan en su estructura de los principios que informan esta clase de preceptivas. Así ocurrió, por ejemplo, con la Ley 315 de 1996, "Por la cual se regula el arbitraje internacional y se dictan otras disposiciones", normativa que si bien fue inspirada en la *Ley Modelo de Arbitraje Internacional* de la CNUDMI, las modificaciones introducidas al texto por el Parlamento colombiano hicieron que el organismo internacional nunca lo consideraran como un desarrollo de la misma. A esto deben sumarse las consideraciones que la Corte Constitucional hiciera respecto de ciertos aspectos del documento, con lo cual su estructura se apartó completamente de los postulados internacionales que le dieron origen: cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-347, julio 23/97, M.P.: JORGE ARANGO MEJÍA. Ante las innumerables críticas de los doctrinantes en la materia, así como de los practicantes del derecho arbitral, fue necesaria la derogatoria de esta normativa y la elaboración de una nueva preceptiva regulatoria del arbitraje internacional en Colombia basada en la Ley Modelo, lo cual fue posible mediante la Ley 1563 de 2012, "Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones". Sin embargo, este estatus solamente es reconocido por ese organismo internacional durante sus períodos de sesiones, los cuales se realizan, por lo general, durante los meses de mayo a junio de cada año. Disponible en: www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html, consulta realizada el 27 de septiembre de 2013.

60 Disponible en: www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html, consulta realizada el 7 de septiembre de 2013.

61 Disponible en: www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/insolvency/1997Model.html, consulta realizada el 7 de septiembre de 2013.

62 Disponible en: www.unidroit.org/spanish/modellaws/2008leasing/s-59a-17-s.pdf, consulta realizada el 7 de septiembre de 2013.

63 Disponible en: www.unidroit.org/spanish/modellaws/2002franchise/2002modellaw-s.pdf, consulta realizada el 7 de septiembre de 2013.

3.1.3. EL 'SOFTER LAW'

Según RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ consiste en aquellos estándares extralegales que son relevantes para la evaluación y solución de conflictos legales. "La calidad de los bienes o su embalaje, por ejemplo, son normalmente tasadas por el uso de estándares que no son legales en su origen. Los abogados a menudo tienden a pasar por alto que la comunidad comercial ha elaborado unos juegos de reglas para ser usadas para su propio comercio, y que tales reglas y estándares tienen la importancia suprema para el comercio en cuestión y son seguidos por las partes involucradas en ellos"[64].

Aunque son múltiples las instituciones que se dedican a realizar esta tarea, generando y promoviendo este tipo de documentos, quizá la que más reconocimiento tiene es la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC), según se verá más adelante.

3.1.4. EL PAPEL DEL ÁRBITRO EN LA ESCOGENCIA DE LA NUEVA 'LEX MERCATORIA' COMO FUENTE

Al conocer de controversias o consultas relacionadas con el desarrollo de estos contratos, la labor del árbitro internacional reviste gran importancia, por cuanto, generalmente, estos desconocen la argumentación jurídica tradicional. En efecto, sus decisiones se basan primero en el documento que dio origen a la disputa, haciendo remisión a las estipulaciones de los contratantes e identificando precisamente el material jurídico que las partes consideraron aplicable a su convenio, el cual hace parte del derecho comercial internacional.

Una vez determinada la ley aplicable, y surtidas las etapas propias del trámite, el tribunal arbitral deberá sustentar su decisión de una manera convincente y equitativa para que el fallo se haga obligatorio para las partes, evitando así cualquier tacha de ilegitimidad. De ahí que las decisiones proferidas por los árbitros y contenidas en los laudos arbitrales en materia comercial internacional adquieren también la naturaleza de nueva *Lex Mercatoria*.

64 El *softer law* es dado por la propia comunidad comercial (RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *Introducción al derecho comercial internacional*, cit., p. 219).

3.2. LOS INSTRUMENTOS CONSIDERADOS COMO ORIGEN DE LA NUEVA 'LEX MERCATORIA'

A continuación se hará referencia a los dos instrumentos considerados como el punto de partida y el fundamento actual de la nueva *Lex Mercatoria*: la *Ley Modelo de Arbitraje* de la CNUDMI y los *Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales*.

3.2.1. LA LEY MODELO DE ARBITRAJE DE LA CNUDMI

Esta preceptiva tiene como propósito coadyuvar a que los Estados reformen y modernicen sus leyes sobre procedimiento arbitral, de manera que los mismos tengan en cuenta los rasgos peculiares y las necesidades del arbitraje comercial internacional. Su regulación va desde el acuerdo de arbitraje, previo paso por la composición y competencia del tribunal y el alcance de su intervención, hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo. Por ello, sus disposiciones revelan "un consenso mundial sobre los aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional aceptados por Estados de todas las regiones y los diferentes ordenamientos jurídicos o sistemas económicos del mundo"[65].

Según se dijo con anterioridad, los comentaristas señalan que la nueva *Lex Mercatoria* tiene su origen en 1985, al entrar en vigencia la *Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional* de la CNUDMI[66]. Ciertos doctrinantes han señalado que si bien la expresión "reglas de derecho", establecida en el artículo 28(1) de esa normativa, hace referencia a disposiciones transnacionales, como las convenciones y tratados internacionales, durante la discusión del texto nunca se planeó facultar a las partes para remitir su controversia a los principios generales del derecho o a la nueva *Lex Mercatoria*. No obstante, de la terminología empleada y los trabajos preparatorios en ningún momento se puede llegar a tal conclusión[67].

65 Disponible en: www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html, consulta realizada el 29 de septiembre de 2013.

66 Disponible, con las enmiendas aprobadas en el 2006, en: www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf consulta realizada el 12 de agosto de 2013.

67 JARAMILLO VARGAS, ob. cit., pp. 46-48. Para un ejemplo práctico de un texto internacional uniforme como nueva *Lex Mercatoria*, véase la manera como ha operado la *Ley Modelo de Arbitraje* de la CNUDMI en los países latinoamericanos, en CONEJERO ROOS, C. (2006). "Análisis compara-

Cabe señalar que el texto original fue modificado el 7 de julio de 2006, con el propósito de modernizar la forma de los acuerdos arbitrales, con el fin de acercarse más estrictamente a las prácticas contractuales internacionales. Igualmente, se estableció un régimen jurídico más amplio relativo a las medidas provisionales en apoyo del arbitraje.

3.2.2. LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES

En 1994 fueron dados a conocer los *Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales* –en adelante, los Principios de Unidroit–. Se trata de un libro en cuya redacción participaron algunos de los más prestigiosos juristas de los cinco continentes, coordinados por MICHAEL JOACHIM BONELL. Estos postulados tienen como propósito establecer un conjunto equilibrado de reglas que pueden ser utilizadas libremente por los contratantes en todo el mundo, independientemente de las tradiciones jurídicas y las condiciones económicas y políticas de los países donde sean aplicados.

Una década después se presentó a la comunidad jurídica internacional una segunda edición, en la que se realizaron cambios a los comentarios a las disposiciones, y se adicionaron cinco capítulos nuevos relativos al apoderamiento de representantes, el contrato a favor de terceros, la compensación, la cesión de créditos, la transferencia de obligaciones, la cesión de contratos, y la prescripción. Posteriormente, el 13 de mayo de 2011, el Consejo Directivo de Unidroit adoptó la tercera versión, denominada *Principios de Unidroit para los Contratos Comerciales Internacionales* 2010, la cual contiene nuevas disposiciones sobre restitución, ilegalidad, condiciones y pluralidad de acreedores y deudores[68].

Resulta interesante apreciar cómo los preámbulos de las versiones de 2004 y 2010 establecen que los Principios de Unidroit son reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales, lo cual "debe" hacerse

---

tivo de la influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI en Latinoamérica", *Revista Internacional de Arbitraje*, n.° 4, Universidad Sergio Arboleda – Comité Colombiano de Arbitraje – Legis, Bogotá, pp. 13-103.

68 Unidroit. *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales*. OVIEDO ALBÁN, J. *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales* 2010 "*blackletter rules*", cit., p. 14. Disponibles en internet en: www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf, consulta realizada el 16 de julio de 2013.

cuando las partes hayan acordado que su convenio se rija por ellos. Igualmente, señala que estos "pueden" ser aplicados cuando las partes acuerden que su contrato se rija por principios generales del derecho, la nueva *Lex Mercatoria* o expresiones semejantes, y también si estas no escogieron expresamente un derecho específico que lo regule[69].

Para GALGANO, este documento reviste tanta importancia que incluso modificó la nueva *Lex Mercatoria*. Según su criterio, los Principios de Unidroit

> ... representan un desafío, porque imponen un reequilibrio de las posiciones de fuerza de las partes contrayentes. Tutelan al contratante más débil frente al contratante más fuerte, difundiendo en el mundo principios jurídicos nuevos, como el *gross disparity* o el *hardship*. Ese desafío es todavía más visible cuando se constata que un laudo arbitral producido en aplicación de la *Lex Mercatoria* entre una gran multinacional y una pequeña empresa del tercer mundo puede quitarle la razón a la primera y dársela a la segunda[70].

La trascendencia de este instrumento es evidente[71], dada su consideración como un conjunto de "reglas coherentes organizadas en una forma

---

69 Los principios pueden ser aplicados respecto de estos contenidos, considerados por MORENO como enigmáticos: cfr. MORENO RODRÍGUEZ, J.A. (2005). "Los principios contractuales de Unidroit: ¿un mero ejercicio académico de juristas notables?", *Foro de Derecho Mercantil – Revista Internacional*, n.° 9, Legis, Bogotá, pp. 46-48. La Comisión Europea calificó a los principios como una base de reflexión de los asuntos comunitarios en vía de una posible armonización del derecho de los contratos en Europa, según lo indicaran la Comisión Europea, en una comunicación del 11 de julio de 2001, y el Parlamento, en una resolución del 15 de noviembre del mismo año: cfr. LEBEN, ob. cit., p. 35.

70 Adicionalmente, GALGANO agrega que el desafío está en que estos postulados no reproducen el derecho nacional de los Estados más fuertes política y económicamente. En consecuencia, señala, "al poder político y económico de estos Estados y de sus empresas no le corresponde un poder equivalente de regulación jurídica": GALGANO, F. (2007). "La unificación del derecho civil con el comercial es un hecho consumado y no es reversible", *Ámbito Jurídico*, n.° 234, Legis, Bogotá, p. 22). Cfr., además, RIVERA, J.C. (2006). "Arbitraje y poder judicial. Los prejuicios de los jueces respecto del arbitraje", *Revista Internacional de Arbitraje*, n.° 5, Legis, Bogotá, pp. 210 y 211.

71 Para HINESTROSA FORERO, los Principios de Unidroit "tienen una vocación de guía para la redacción de contratos, en la misma medida de su acierto al expresar con claridad, sencillez y neutralidad, una experiencia universal actual [...]. También la tienen para servir de *naturalia negotia*, que suministren material para la integración del contenido de los contratos, sea por reenvío directo, sea porque adquieran la calidad de *Lex Mercatoria*, sea, en fin, porque se llegue a reconocer en ellos el dictado de la 'equidad'": HINESTROSA FORERO, F. (1997). "Los Principios de Unidroit: una nueva lingua franca", en *Unidroit, Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, Ministerio de Justicia y del Derecho, Bogotá, p. 21.

sistemática"[72]. En la base de datos Unilex[73] aparecen 18 casos en los cuales los Principios de Unidroit son referidos como una expresión de "principios generales del derecho", y 7 en los que se les referencia directamente como nueva *Lex Mercatoria*[74]. Por ello, existen otras voces que abogan por darles

72 Quizá por esa razón, con mayor frecuencia se incrementan las referencias a los Principios de Unidroit en los arbitrajes CCI, no solo cuando las partes han omitido designar el derecho aplicable a su contrato, sino al interpretar o suplir el derecho nacional aplicable. Cfr. DERAINS & SCHWARTZ, ob. cit., p. 237.

73 Disponible en: www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13621&x=1, consulta realizada el 8 de septiembre de 2013.

74 Los asuntos relacionados con este tema en la base de datos son: (i) arbitraje *ad hoc*, San José de Costa Rica, Laudo del 30 de abril de 2004 –la cláusula arbitral establecía que las controversias debían ser resueltas sobre la base de la buena fe y los usos comerciales, así como recordando las prácticas comerciales más renombradas y los términos más amigables. La aplicación por el tribunal arbitral debía tener como fundamento las reglas generales y los principios que regulan las obligaciones contractuales internacionales y el más amplio consenso internacional–; (ii) ICC International Court of Arbitration, Laudo del 6 de enero de 2003 –ante el silencio de las partes sobre la ley aplicable, los árbitros resolvieron aplicar la *Lex Mercatoria*, según lo establecido por el artículo 17 de las Reglas CCI. De esta manera, se hizo referencia a los Principios de Unidroit como una de las fuentes de la *Lex Mercatoria*–; (iii) International Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, Laudo del 5 de noviembre de 2002 –en este asunto, el tribunal entendió que una cláusula estipulaba que toda controversia sería resuelta de conformidad con los principios generales de la *Lex Mercatoria*. Por un acuerdo posterior, se pactó que el contrato estaría, a su vez, sujeto a las legislaciones alemana y rusa. El panel interpretó que esta referencia a esos dos ordenamientos implicaba una ausencia de ley aplicable. Así, decidió que sería suficiente aplicar los principios generales del derecho, y por ello decidió emplear los Principios de Unidroit como una expresión de los mismos–; (iv) ICC International Court of Arbitration 12040 –en la controversia las partes le pidieron al tribunal arbitral basar su decisión en los "usos internacionales comerciales". El panel, después de señalar que "una referencia general a usos comerciales algunas veces es criticable por su vaguedad", encontró que la "consideración de una codificación específica como los *Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales* (1994) puede proveer un ordenamiento más preciso", y bajo este respecto procedió a comentar el Preámbulo de los Principios (p. 4); (v) ICC International Court of Arbitration 11575 –en la controversia el tribunal arbitral decidió aplicar los Principios de Unidroit en vez de otros principios y reglas no nacionales a la vista de los hechos de que son más precisos que la *Lex Mercatoria* y otros similarmente "vagos y heterocíclicos" principios y reglas–; (vi) ICC International Court of Arbitration 12111 –un contrato de venta entre un vendedor rumano y un comprador inglés contenía una cláusula de ley aplicable y acuerdo arbitral que señalaba: "Este contrato se regirá por el derecho internacional; cualquier controversia que surja en conexión con este contrato deberá ser resuelta amigablemente y decidida por arbitraje según la Corte de Arbitraje Internacional de la CCI". Cuando surgió una controversia en la que las partes fueron incapaces de solucionarla amigablemente, el vendedor rumano solicitó el arbitraje. Las partes no se pusieron de acuerdo respecto de cuál era la ley aplicable a la sustancia de la disputa. El demandante argumentó que al referirse al "derecho internacional" las partes tenían en mente los principios generales del derecho y la *Lex Mercatoria*, y en concordancia con el artículo 1.101(3) de los *Principios de Derecho Europeo de los Contratos* y el parágrafo 3 del Preámbulo de los Principios de Unidroit concluyó que la controversia debería ser regida por los *Principios de Derecho Europeo de los Contratos*, aplicables en Rumania, que debían ser interpretados a la luz de los Principios de Unidroit. El demandado se opuso invocando la aplicación del derecho inglés. El tribunal arbitral indicó que al referirse al "derecho internacional" las partes dejaron claro que ellas no quisieron la aplicación de ningún derecho doméstico; el término "derecho internacional" tenía que ser entendido como una referencia a la *Lex Mercatoria* y a los principios generales del derecho aplicable a los contratos internacionales, y como tales principios generales están reflejados en los Principios de Unidroit concluyó que la controversia debería ser regida por estos últimos. Respecto de los *Principios Europeos de los Contratos*, el panel indicó que "constituyen una investigación académica, y que en ese momento no eran bien conocidos por la comunidad internacional de negocios y que podían ser un borrador para un futuro código europeo de los contratos, no en vigencia por ahora", y en ese sentido excluyó su aplicación en este caso; y, (vii) ICC International Court of Arbitration 13012 –un contrato entre una compañía francesa y otra estadounidense no indicó cuál era la ley aplicable. Requeridas por el tribunal arbitral para presentar sus argumentos sobre el tema de la ley aplicable al fondo de la controversia, una parte pidió la aplicación de la ley francesa y la otra la del Estado de Illinois, y las dos, subsidiariamente, solicitaron aplicar los principios generales del derecho. El panel indicó que en este caso ninguno de los factores de conexión usados por las partes para seleccionar el derecho aplicable, como el domicilio de las partes, el contractual o el lugar de cumplimiento de las prestaciones, era suficiente. Y como ambas partes indicaron la alternativa de los principios generales del derecho como una alternativa subsidiaria, concluyó que podía ser más apropiado no aplicar ningún derecho doméstico sino seguir el denominado método directo admitido por el artículo 17(1) de las Reglas de Arbitraje de la CCI y basar su decisión en los principios generales del derecho o la *Lex Mercatoria*. Al respecto, el panel arbitral recalcó "que varios casos CCI han considerado que los Principios de Unidroit son la mejor aproximación para aprehender los principios generales del derecho, e indicó que es lo mismo que recurrir en este caso a los Principios de Unidroit "como un conjunto de reglas que determinan las normas aplicables a las partes del contrato". Al mismo tiempo, sin embargo, el tribunal arbitral podía también "considerar debidamente a la *Lex Mercatoria* en sus dos principios fundamentales, *v. gr.* [*sic*] los estándares de la buena fe que las partes deben observar cuando perfeccionan el contrato y la regla *pacta sunt servanda*". En conclusión, el panel decidió "que el derecho sustancial aplicable al caso debería ser los principios generales del derecho resultado de los Principios de Unidroit (en su versión 2004) y las antedichas reglas fundamentales de la *Lex Mercatoria*, como los usos comerciales que prevalecen en el sector de las actividades que el acuerdo de las partes indica".

un mayor reconocimiento, extrapolándolos de esta última[75] e, incluso, señalándolos como su competencia.

Sin embargo, no todo puede ser perfecto, y por ello se oyen voces críticas como la señalada por CÁRDENAS MEJÍA, para quien los Principios de Unidroit no constituyen nueva *Lex Mercatoria*, porque mientras esta debe tener su origen en las prácticas mercantiles, aquellos son creados por profesionales del derecho que decantan las reglas comunes, seleccionando de entre ellas

75 Es el caso de TALERO RUEDA, para quien los Principios de Unidroit son una posible solución a los problemas de la *Lex Mercatoria*: cfr. TALERO RUEDA, ob. cit., pp. 319-331.

las más apropiadas al comercio internacional[76]. En cuanto a su ámbito de aplicación se ha dicho igualmente que estos deberían ampliar su marco legal a contratos de naturaleza no mercantil, y no quedar restringidos exclusivamente a los contratos comerciales[77].

Otros, como CRAIG, PARK y PAULSSON, expresan que aquellos no son un derecho común de transacciones internacionales, emergente de prácticas y de fallos, sino que realmente constituyen una codificación fija que contiene lagunas y que pueden tener dificultad en evolucionar[78]. Esto es corroborado por FARNSWORTH, quien en una investigación encontró que para los juristas estadounidenses la expresión nueva *Lex Mercatoria* entraña una concepción del sistema de derecho civil, lo que explica por qué en países del *common law*, en general, los operadores se sienten más cómodos teniendo a su disposición los Principios de Unidroit. Incluso, refiere MORENO, en el Boletín de la Asociación Suiza de Arbitraje apareció un estudio en el que se concluyó que los juristas, frecuentemente, tienden a evitar ese término y prefieren referirse a los Principios de Unidroit[79].

A pesar de lo anterior, la nueva *Lex Mercatoria* tiene como una de sus fuentes principales a los mismos modelos contractuales que circulan universalmente y a los que cabe reconocer fuerza normativa, entre los cuales se encuentran los Principios de Unidroit[80].

---

76 CÁRDENAS MEJÍA, ob. cit., p. 171.

77 ETCHEVERRY, ob. cit., p. 229.

78 "*If parties, arbitrators and courts come to refer to those principles, however, it will not mean that they are embracing Lex Mercatoria as the accretion of a common law of international transactions, but by way of relying on what is in effect a fixed codification which itself contains lacunae and may –once accepted in various places– have some difficult in evolving. The Unidroit Principles may thus turn out to be a competitor of Lex Mercatoria, not its saviour. Or perhaps it will come to be accepted, atleast partially, as a snapshot of Lex Mercatoria as of* 1994": CRAIG, W.L.; PARK, W.W. & PAULSSON, J. (2000). *International Chamber of Commerce. Arbitration*, 3.ª ed., Oceana p. 633).

79 A diferencia de la nueva *Lex Mercatoria*, refiere FARNSWORTH, estos se pueden asir en las manos: cfr. FARNSWORTH, E.A. (2002). "The role of the Unidroit Principles in international commercial arbitration (2): a US perspective on their aims and application". ICC International Court of Arbitration Bulletin, special supplement, p. 22, citado por MORENO RODRÍGUEZ, *Los principios contractuales de Unidroit: ¿un mero ejercicio académico de juristas notables?*, cit., pp. 46-48.

80 Por tal motivo, MANSOOR señala que los Principios de Unidroit han sido aceptados como parte de la *Lex Mercatoria* universal: cfr. MANSOOR, ob. cit., p. 33. Cfr., además, RIVERA, ob. cit., pp. 210 y 211.

4. MANIFESTACIONES DE LA NUEVA 'LEX MERCATORIA'

Durante las últimas décadas el comercio transnacional ha tenido en la nueva *Lex Mercatoria* uno de sus principales motores de desarrollo. Este sistema jurídico se retroalimenta en un círculo irregular que gira en torno a varias situaciones principales:

– La rapidez y agilidad de la unificación normativa elaborada por los Estados, y por los entes supranacionales, los cuales se reflejan en la elaboración de documentos internacionales rígidos. Estos instrumentos se caracterizan por su constante revisión, y porque permiten unificar todos los sistemas jurídicos existentes, pues en su formación, basada en el consenso, participan prestigiosos juristas representantes de la mayor parte de las naciones del mundo.

– El acogimiento que las partes, particulares o públicas, hacen de las mencionadas disposiciones, convirtiéndolas en la ley aplicable a sus contratos[81]. A su vez, y para evitar traumatismos, tales convenios incluyen cláusulas compromisorias que remiten las controversias a conocimiento de los árbitros para garantizar justicia pronta, oportuna y eficaz, desconociendo, gracias a la autonomía de la voluntad, la jurisdicción interna de los Estados[82].

– La resolución de los conflictos contractuales por paneles arbitrales. Al encontrarse ajenos al foro estatal, los árbitros resuelven las controversias a

---

81 Por ejemplo, el preámbulo de la versión de 2004 de los Principios de Unidroit señala que se trata de reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales, y esto "debe" hacerse cuando las partes hayan acordado que su convenio se rija por ellos. Igualmente, indica que estos "pueden" ser aplicados cuando las partes acuerden que su contrato se rija por principios generales del derecho, la *Lex Mercatoria* o expresiones semejantes, y también si estas no escogieron expresamente un derecho específico que lo regule. Así, la Comisión Europea los califica como una base de reflexión de los asuntos comunitarios en vía de una posible armonización del derecho de los contratos en Europa, según lo indicaron la misma entidad, en una comunicación del 11 de julio de 2001, y el Parlamento, en una resolución del 15 de noviembre del mismo año: cfr. LEBEN, ob. cit., p. 35.

82 Según DARANKOUM: "*L'autonomie de la volonté des parties est considérée comme l'un des principes les plus acquis en matière de contrats internationaux et reconnue par les droits nationaux*": DARANKOUM, ob. cit., p. 427. El autor, incluso, va más allá al afirmar: "*L'adoption des Principes par les parties au contrat leur accorde un rang de valeurs supérieures que ces parties s'engagent mutuellement à respecter. A cet égard, les juges et les arbitres ne peuvent écarter un tel choix que s'ils disposent de bonnes et sérieuses raisons de le faire, à moins que les parties aient convenu, en matière d'arbitrage notamment, de faire de l'application des Principes un élément de la mission de l'arbitre*": ibíd., p. 432.

través de la aplicación de la ley escogida por las partes o, incluso, precisando directamente la más apropiada al caso que se analiza[83].

4.1. LA UNIFICACIÓN NORMATIVA INTERNACIONAL

Durante las últimas décadas, y ante fenómenos como la globalización económica y la apertura internacional, los operadores del comercio transfronterizo han tenido la necesidad de separarse de los ordenamientos nacionales y acogerse a normas supranacionales que les permitan superar obstáculos y facilitar el intercambio, de manera ágil y oportuna. Aunque en principio esta exigencia tenía un contenido netamente económico, poco a poco adquirió un matiz político, razón por la cual la labor de unificación normativa comenzó a ser asumida directamente tanto por los Estados como por los organismos supranacionales. Esta misión ha dado como resultado no solo el incremento del comercio internacional sino además la sustitución de normas jurídicas nacionales, sustantivas y de conflicto, por otras que permiten prevenir más que resolver los problemas que conlleva el tráfico mercantil[84].

En términos generales, este tipo de unificación se da a través de dos vías que, según DE EIZAGUIRRE, son denominadas: legislativa y autónoma[85].

4.1.1. LA UNIFICACIÓN LEGISLATIVA

Se trata de la labor que realizan los Estados a través de sus acuerdos para la promoción y protección de inversiones (APPI), tratados de libre comercio (TLC) y tratados bilaterales de inversión (TBI). Así mismo, consiste en los acuerdos que son realizados a través de los organismos internacionales, cuyos expertos, comités y secretarías analizan los puntos de confluencia

83 "*C'est une constance dans la jurisprudence arbitrale internationale que ce besoin de légitimation de l'application directe des Principes en tant que règles de droit régissant le contrat. Ainsi, toute une série de sentences arbitrales appliquent les Principes parce que ces derniers bénéficient d'un consensus international et méritent d'être considérés comme la pièce maitresse des principes généraux applicables aux contrats internationaux*": ibíd., p. 435.

84 "Por razón de su contenido, las normas que van paulatinamente apareciendo resultan susceptibles *prima facie* de una clasificación dual; normas, primero, que tienden a permitir o meramente facilitar el comercio internacional[,] y reglas, segundo, cuyo objeto relevante es disciplinar las relaciones comerciales internacionales individualmente consideradas en sus aspectos obligacionales y de derecho privado": ILLESCAS ORTIZ & PERALES VISCASILLAS, ob. cit., pp. 27 y 28.

85 DE EIZAGUIRRE, ob. cit., pp. 182-184.

de las diferentes legislaciones para promover la redacción y puesta en vigencia de textos supranacionales comunes. Estos instrumentos se reflejan en convenios o tratados multilaterales, principios y guías legislativas, así como en la formulación de leyes modelo, que son analizados por expertos en conferencias diplomáticas, períodos de sesiones, jornadas de asistencia técnica o seminarios.

Dentro de estas instituciones se encuentran, entre otras: el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit), la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecbo Mercantil Internacional (CNUDMI), el Comité Marítimo Internacional (CMI), la Organización Mundial del Comercio (OMC) y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)[86].

Son múltiples los instrumentos creados por estos organismos, cuya relevancia ha sido puesta de presente por los diferentes países[87]. En efecto, muchos de ellos han sido recogidos por las legislaciones internas[88].

Sin embargo, este mecanismo de unificación tiene un gran inconveniente, como es la falta de aprobación de los instrumentos por parte de los Esta-

86 Para mayor información sobre estos organismos, las actividades que estos desarrollan, así como los instrumentos que han publicado, cfr. sus páginas web institucionales, disponibles en las direcciones: www.unidroit.org, www.cnudmi.org, www.comitemaritime.org, www.wto.org y www.wipo.int

87 OSMAN, ob. cit., pp. 263-266.

88 Así ocurre en Colombia con: la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, adoptada por la Ley 37 de 1997 –un análisis completo y profundo del articulado de este instrumento, escrito por reconocidos practicantes del arbitraje internacional, se encuentra en TAWIL; GUIDO & ZULETA JARAMILLO, E. (2008). *El arbitraje comercial internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50.º aniversario*, Universidad del Rosario, Universidad de Buenos Aires y Abeledo Perrot, Buenos Aires–; la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, aprobada mediante la Ley 518 de 1999; la *Ley Modelo sobre Comercio Electrónico* de la CNUDMI, adoptada con variaciones mediante la Ley 527 de 1999; la *Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza* de la CNUDMI, la cual sirvió de fundamento para la expedición de la Ley 1116 de 2006. Igual sucede con los acuerdos celebrados dentro del marco de la OMC, aprobados por la Ley 170 de 1994 –estos son, entre otros: Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios y Acuerdo relativo al Comercio Internacional de los Textiles–, así como con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, adoptado por la Ley 267 de 1996 –un profundo análisis del funcionamiento de este organismo se encuentra en VÁSQUEZ PALMA, M.F. (2006). "Arbitraje ante el Ciadi: aspectos relevantes y reflexiones sobre su operatividad", *Revista de Derecho de la Empresa*, n.º 8, Universidad Adolfo Ibáñez y Legis, Santiago, pp. 9-46–.

dos[89]. Las causas probables para que esto ocurra pueden ser los engorrosos requisitos de aprobación de los tratados internacionales establecidos por los países y, principalmente, la falta de interés político respecto de los asuntos tratados por estas entidades. Así, por ejemplo, puede verse cómo, a pesar de que Colombia es miembro de Unidroit desde hace casi dos décadas[90], en la actualidad solo es parte de tres de sus convenios internacionales[91].

4.1.2. LA UNIFICACIÓN AUTÓNOMA

Las dificultades que conlleva la creación legislativa, especialmente por la formación de parlamentos antitécnicos, compuestos en gran parte por sujetos que no disponen de los conocimientos suficientes para regular el comercio transfronterizo[92], así como por trámites constitucionales y legales, engorrosos y formalistas, dan lugar a la segunda forma de unificación normativa, denominada "de producción autónoma" o "no estatal". Así, desde tiempo atrás algunas entidades internacionales han realizado tareas de creación, recopilación o fijación de prácticas mercantiles "en espacios generalmente huérfanos de toda regulación"[93].

---

89 "*La plupart des conventions, tant de la* CNUDCI *que d'Unidroit, ne sont ratifiées que par un petit nombre d'États (la Convention de Vienne, du* 11 *avril* 1980, *sur la vente internationale de marchandises est une belle exception). On pourrait en conclure à une grande inefficacité de l'uniformisation du droit par la voie conventionnelle*": LEBEN, ob. cit., p. 36.

90 Ley 32 de 1992, "Por medio de la cual se aprueba el 'Estatuto Orgánico del Instituto para la Unificación Internacional del Derecho Privado', hecho en Roma el 15 de marzo de 1940".

91 Ley 967 de 2005, "Por medio de la cual se aprueban el 'Convenio relativo a Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil' y su 'Protocolo sobre Cuestiones Específicas de los Elementos de Equipo Aeronáutico, del Convenio Relativo a Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil', firmados en Ciudad del Cabo el dieciséis (16) de noviembre de dos mil uno (2001)". Ley 1304 de 2009, "Por medio de la cual se aprueba el 'Convenio de Unidroit sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente', firmado en Roma el 24 de junio de 1995".

92 "Las leyes, pues, están hechas, si no precisamente solo, por lo menos también por hombres que no han aprendido a hacerlas": CARNELUTTI, F. (1998). *Cómo nace el derecho*, Temis, Bogotá, p. 2.

93 DE EIZAGUIRRE, ob. cit., pp. 182-184. Los primeros antecedentes conocidos en los cuales se crearon contratos tipo o condiciones generales de venta de manera extraestatal se ubican en 1877, respecto de contratos de venta de cereales, elaborados por la London Corn Trade Corporation: cfr. LEBEN, ob. cit., pp. 32 y 33. Igualmente, refiere OSMAN, ISHIZAKI señaló en 1920 la existencia de un derecho corporativo que, formado de un conjunto de usos tomados directamente de la actividad normativa de la práctica, tenían vocación para regir las ventas internacionales de seda: ISHIZAKI, M. (1928). *Le droit corporatif international de la vente des soies*, vol. 1, Giard, París, pp. 6 y 7, citado por OSMAN, ob. cit., p. 10.

En cualquier caso, este sistema autónomo de creación jurídica está concebido para que las partes acojan los principios internacionales en sus contratos, los cuales contienen un ingrediente característico de la nueva *Lex Mercatoria*. Es decir, tales acuerdos contemplan mecanismos de solución de controversias en los que predomina la utilización de la cláusula compromisoria, la cual remite la disputa al arbitraje comercial internacional[94].

Igualmente, dentro de esta categoría se puede incluir a todas las entidades internacionales que coadyuvan con el proceso de estandarización técnica, las cuales desarrollan esquemas nuevos de armonización, tanto en la configuración de los contratos como frente a su desarrollo, todo dentro de un ámbito propio de *softer law*[95]. Dentro de estas entidades se pueden citar: International Air Transport Association (IATA), Lloyds Marine Insurance Policy, Deutsches Institute für Normung (DIN), Comité Européen de Normalisation (CEN), Grain and Feed Trade Association (FTA), International Organization for Standarisation (ISO), London Corn Trade Association

---

94 Sin embargo, también es posible encontrar remisiones a la conciliación, la amigable composición e, incluso, a figuras interesantes como las *dispute boards*. Según el artículo 1.° de las *Dispute Boards Rules*, su ámbito de aplicación consiste en: "*Dispute Boards established in accordance with the Dispute Board Rules of the International Chamber of Commerce (the 'Rules') aid the Parties in resolving their business disagreements and disputes. They may provide informal assistance or issue Determinations. Dispute Boards are not arbitral tribunals and their Determinations are not enforceable like arbitral awards. Rather, the Parties contractually agree to be bound by the Determinations under certain specific conditions set forth herein. In application of the Rules, the International Chamber of Commerce ('ICC'), through the ICC Dispute Board Centre ('the Centre'), can provide administrative services to the Parties, which include appointing Dispute Board Members, deciding upon challenges to Dispute Board Members, and reviewing Decisions*". Disponibles en: www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/dispute-boards/dispute-board-rules/#article_2, consulta realizada el 29 de septiembre de 2013. Un desarrollo práctico de estas reglas en RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M., "Resolución de disputas en el contrato internacional de construcción: La labor del engineer y de los dispute boards", en *Revist@ e-Mercatoria*, vol. 5, n.° 2, Bogotá: 2006, disponible en: http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=emerca&page=article&op=view&path%5B%5D=2077, consulta realizada el 29 de septiembre de 2013.

95 "La no adecuación a dichos estándares puede desencadenar la responsabilidad jurídica bajo el derecho estatal; por ejemplo, en contratos de construcción o en materia de responsabilidad por los productos, aunque los estándares no puedan invocar ninguna autoridad estatal. Los tribunales no aplican estas reglas privadas como tales. Más bien, los estándares técnicos sirven como guías cuando debe determinarse el estándar exigido de cuidado debido por productores y constructores. El resultado práctico es, sin embargo, que las reglas de conducta en las relaciones privadas de la sociedad son establecidas por entidades privadas y no por el Estado": BASEDOW, ob. cit., pp. 13 y 14.

(LCTA), International Accounting Standards Board (IASB) e International Financial Reporting Standards (IFRS)[96].

Siguiendo a RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ:

> ... a diferencia de lo que acontece con las operaciones mercantiles comerciante-consumidor el uso de las [formas o modelo de contrato estándar] se presenta entre individuos (comerciantes) con un mismo poder de negociación, por lo que no se considera que exista una parte débil o en desventaja sometida a la mera aceptación o imposición de la parte fuerte. De esa manera, encontramos que en la práctica internacional las partes y sus abogados no se ven, generalmente, obligados a aceptar el modelo, sino que más bien lo utilizan como un punto de partida para la redacción del contrato. No se presenta la política del 'tómelo o déjelo', propia de las operaciones de consumo a nivel local, e inclusive internacional[97].

A continuación se presentarán, a manera de ejemplos, tres entidades que han participado activamente en este proceso: la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC) y la Comisión sobre Derecho Contractual Europeo.

4.1.2.1. LA CCI

Desde su creación en 1919, la CCI ha realizado una labor importante en la promoción de los negocios transfronterizos[98]. Dentro de sus principales actividades se encuentran la promoción del arbitraje y la resolución de conflictos, la lucha contra la corrupción y contra el crimen comercial, la

96 Igualmente, se encuentran contratos modelo propuestos por organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales como el de venta internacional de bienes perecederos del Unctad/WTO International Trade Center, al igual que los *guidelines* que el Banco Mundial y organismos de financiación europeos han realizado al respecto. De la misma forma se encuentran "códigos de conducta", elaborados en círculos privados y en organismos intergubernamentales, que reúnen normas programáticas y cuyas características son flexibilidad, cumplimiento voluntario de sus postulados y autorregulación. Dentro de estas se encuentran el *International Code of Advertising Practice* y el *International Code of Sales Promotion*, de la Cámara de Comercio Internacional, y el *Code of International Factoring Customs*, de la Factors Chain International. Cfr. MORENO RODRÍGUEZ, J.A. "Los contratos y La Haya: ¿ancla al pasado o puente al futuro?", en BASEDOW, J.; FERNÁNDEZ ARROYO, D.P. & MORENO RODRÍGUEZ, J.A. *¿Cómo se codifica hoy el Derecho Comercial Internacional?*, cit., pp. 264 y 265.

97 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, "Reconocimiento de la *Lex Mercatoria* como normativa propia y apropiada para el comercio internacional", cit., pp. 80 y 81.

98 Disponible en: www.iccwbo.org, consulta realizada el 8 de septiembre de 2013.

defensa del libre comercio y el sistema de economía de mercado, el comercio electrónico, la publicidad y el marketing, y la autorregulación de las empresas.

Esta tarea ha sido materializada a través de la creación de reglas, códigos, usos uniformes y contratos modelo elaborados por expertos organizados en comités y recogidos en publicaciones de la CCI. Actualmente, por ejemplo, acaba de concluir la elaboración de un documento denominado *Using franchising to take your business international: ICC strategies and guidance for master franchising, area developments and other arrangements*, y prepara unos *Principios para la Facilitación de la Negociación Comercial*. Sin embargo, como se indicó previamente, los documentos más reconocidos en el ámbito internacional emitidos por esta entidad son los Incoterms y las RUU(UCP)600.

4.1.2.1.1. LOS INCOTERMS DE LA CCI

En general, los términos de comercio internacional proferidos por la Cámara de Comercio Internacional tienen como propósito fundamental establecer las obligaciones que tienen el comprador y el vendedor en una operación de compraventa internacional. Según RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, están elaborados con el propósito de brindar al importador y exportador una normativa que no solo establece las obligaciones de las partes en una compraventa, entendidas como entrega y pago del precio, sino que también tiene en cuenta "todos y cada uno de los trámites y contratos que se deben suscribir o adelantar, diferentes a la compraventa, para que las mercaderías lleguen a su destino final. Esto es, trámites de aduana para la exportación y para la importación, celebración de contratos de transporte (local e internacional), logística y seguros, entre otros"[99].

La última versión de los Incoterms corresponde al año 2010, y se encuentra vigente desde el 1.º de enero de 2011, en la cual se redujeron de 13 a 10 términos. Para conseguir este objetivo, se pasó de cuatro a dos grupos: *Rules for any mode or modes of transport* (EXW Ex Works – FCA Free Carrier – CPT Carriage Paid To – CIP Carriage and Insurance Paid To – DAT Delivered At Terminal – DAP Delivered At Place – DDP Delivered Duty Paid) y *Rules*

99 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. (2010). "Los nuevos términos comerciales internacionales –Incoterms– (versión 2010) y su aplicación en el derecho colombiano", *Revista e-Mercatoria*, vol. 9, n.º 2, Bogotá, p. 22, disponible en: www.emercatoria.edu.co/usuario.asp?idPublicacion=109, consulta realizada el 20 de septiembre de 2013.

for sea and inland waterway transport (FAS Free Alongside Ship – FOB Free On Board – CFR Cost and Freight – CIF Cost, Insurance and Freight)[100].

Cabe precisar, además, que los Incoterms se aplican únicamente cuando las partes han hecho referencia a estos usos comerciales al momento de celebrar el contrato: "La elección debe ser clara y expresa, particularmente en el sentido de que las partes deben hacer referencia específica a los términos recopilados por la Cámara de Comercio Internacional. Lo anterior, con el propósito de evitar confusiones con otros términos comerciales que se encuentran incorporados en legislaciones de países como Estados Unidos, Inglaterra o Colombia"[101].

4.1.2.1.2. LAS RUU(UCP)600

En un capítulo anterior se hizo referencia a este documento que cumple ya más de 80 años, y cuya última actualización se realizó en 2007[102]. Como se indicó, se trata de una compilación de reglas que son corrientemente utilizadas en el contrato de crédito documentario. Parafraseando a RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, este acuerdo se perfecciona mediante las cartas de crédito, que son instrumentos que formalizan el negocio en virtud del cual un banco, actuando a solicitud de un importador, que para tales efectos es comprador, y de conformidad con las instrucciones que este le ha entregado, se compromete a efectuar el pago a un exportador, esto es, el vendedor, contra la presentación de una serie de documentos exigidos por aquel dentro de un tiempo límite y cuando se hayan cumplido los términos y condiciones previstos en el crédito[103].

---

100 Disponibles en: www.iccwbo.org/incotermsrules/, consulta realizada el 12 de agosto de 2013. En español: www.fundacion.valenciaport.com/Educational-offer/doc/seminarios/Incoterms-2010.aspx, consulta realizada el 12 de agosto de 2013.

101 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. (2009). *Introducción al derecho comercial internacional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 330 y 331.

102 La primera publicación de estas reglas fue dada a conocer en 1933. Para un análisis de las principales modificaciones introducidas a este documento en el año 2006, cfr. PÉREZ, L.J. *Las nuevas UCP(RUU)600. Mejorando el entendimiento en el comercio internacional*, disponible en: www.esden.es/datos/articulos/archivo69.pdf, consulta realizada el 12 de marzo de 2009. La importancia del crédito documentario en el comercio internacional es analizada por LEBEN, especialmente en aspectos como las garantías a primera demanda y las prácticas de comercio electrónico: cfr. LEBEN, ob. cit., p. 31.

103 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *Derecho comercial internacional*, cit., p. 358.

Reiterando lo dicho con anterioridad, son las partes las que establecen en sus contratos la escogencia y aplicación de este documento, de manera autónoma. No obstante, los bancos comerciales de la mayor parte de países del mundo las incorporan dentro de sus operaciones, lo que las convierte, a juicio de RODRÍGUEZ AZUERO, en una "costumbre supranacional"[104].

4.1.2.2. LA FIDIC

Esta entidad ha realizado una importante obra de codificación de los usos del comercio internacional a través de sus contratos modelo o estándar, obra en la que se destacan las *Conditions Internationales Applicables aux Marchés de Travaux de Génie Civil*, las cuales han tenido su aplicación práctica en materia de proyectos de construcción[105]. Igualmente, trabaja constantemente en la redacción de contratos tipo que regulen las relaciones entre el cliente y el ingeniero consultor, así como en documentos que permitan facilitar la redacción de contratos internacionales en ingeniería civil y obras electromecánicas[106].

4.1.2.3. LA COMISIÓN SOBRE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

Según se indicó previamente, se trata de una entidad creada en 1982, la cual se conoce como Comisión Lando, en honor a su presidente, OLE LANDO. A ella se le ha encargado la elaboración de un documento armonizado que contenga los principios generales de un futuro derecho europeo de obligaciones que rija las relaciones entre sujetos pertenecientes a los diferentes Estados miembros de la Unión Europea.

Tras varios años de labores y gracias a la participación de expertos del Instituto de Derecho Comparado de París, del European University Institute de Florencia y de algunas instituciones universitarias norteamericanas, en

---

104 RODRÍGUEZ AZUERO, S. (2009). *Contratos bancarios. Su significación en América Latina*, 6.ª ed., Legis, Bogotá, pp. 529 y 530.

105 LEBEN, ob. cit., p. 33.

106 OSMAN, ob. cit., p. 281.

1995 se publicó la primera parte, la segunda en el 2000, y ya se encuentra disponible una tercera versión, la cual está disponible en internet[107].

4.2. APLICABILIDAD DE LA NUEVA 'LEX MERCATORIA' POR LAS PARTES EN SUS CONTRATOS

En principio, el ejercicio de la autonomía de la voluntad se encuentra regido por el orden público jurídico. Tanto los particulares como el Estado necesariamente deben cumplir las disposiciones nacionales que establecen los requisitos para poder obligarse, y celebrar sus actos y contratos válidamente y que estos produzcan efectos jurídicos, sin ningún inconveniente[108]. Cumplidas tales exigencias, el contrato nace a la vida jurídica y su contenido adquiere una fortaleza que, incluso, lo ubica en la misma categoría de la ley[109].

En ocasiones, las partes prefieren no regir sus convenios por un derecho nacional particular, ya que les resulta más gravoso, costoso o inconveniente. Incluso, puede suceder que las diferencias de los sistemas legales entre las partes generen desconfianza y contradicciones que impidan realizar el

---

107 Oliver, ob. cit.; Lando, O., *Principles of European Contract Law*, cit., pp. 1-93. Véanse, además, Casals, M.M. *Reflexiones sobre la elaboración de unos principios europeos de responsabilidad civil*, disponible en: www.asociacionabogadosrcs.org/ponencias/pon2-7.pdf, consulta realizada el 8 de septiembre de 2013. Al mismo tiempo, aparecen en el escenario europeo los proyectos de Pavía y Gandolfi, los cuales también crearon un *Código Europeo de Contratos*.

108 Las condiciones de validez en la formación de los contratos son analizadas con profundidad, en una perspectiva actualizada, en León Robayo, É.I. "La capacidad: atributo de la personalidad y presupuesto de validez del acto jurídico"; Ortiz Monsalve, Á. "Consentimiento"; Mazeaud, D. "La notion de cause d'origine française"; Caprile Bierman, B. "El objeto de los actos jurídicos"; Ramírez Baquero, É. "El contenido elemento del contrato", todos en Mantilla Espinosa, F. & Ternera Barrios, F. (2007). *Los contratos en el derecho privado*, Legis, Bogotá, pp. 83-105, 107-120, 121-136, 137-185, 187-206.

109 En Colombia, esto se encuentra previsto en el artículo 1602 C.C.: "*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*". Igual ocurre en la mayoría de ordenamientos jurídicos del mundo, como por ejemplo: (i) artículo 1134 C.C. francés: "*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*" (los acuerdos legalmente formados tendrán fuerza legal entre quienes los hayan efectuado); (ii) artículo 1197 C.C. argentino: "Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma"; (iii) artículo 1796 C.C. para el Distrito Federal de México: "desde que se perfeccionan [los contratos] obligan a los contratantes, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley", y (iv) artículo 1091 C.C. español: "Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos".

negocio, de manera eficiente. Por esa razón, la nueva *Lex Mercatoria* surge como una alternativa bastante favorable, pues los contratantes, para regir su contrato, pueden seleccionar las reglas que mejor se acomoden de entre la amplia gama de instrumentos normativos comunes, con la garantía de que les son aplicables sin inconvenientes, dada la universalidad de sus disposiciones, que fueron construidas con base en figuras provenientes de los diversos sistemas legales, y adaptadas en un contexto armonizado[110].

Rivera va más allá y señala que estas disposiciones son incluso aplicables cuando las partes se refieren a ellas como una fuente para regular su contrato, "o si de algún modo excluyeron la aplicación de cualquier ley nacional", es decir, ante cualquier omisión al respecto[111]. No obstante, el autor refiere los principales eventos en los cuales la *Lex Mercatoria* se adecua a los intereses de los contratantes para acogerse a ella:

– Cuando las partes rechazan la aplicación de una ley nacional –*negative choice*–.

– Si la elección de los contratantes equivale a la ausencia de toda elección de una ley nacional.

– En aquellos casos en que la transacción es tan internacional que no puede ser resuelta bajo la influencia de un sistema legal nacional exclusivo.

– Si las partes pretenden que su contrato sea gobernado por reglas y principios neutrales, no derivados de ley nacional alguna.

–Cuando el contrato es regido por una ley nacional, pero es imposible encontrar una regla aplicable al conflicto específico.

4.3. EL DERECHO ARBITRAL INTERNACIONAL

En materia arbitral, especialmente internacional, existe un vasto pluralismo jurídico, manifiesto en la excepcional diversidad de origen y naturaleza de las normas susceptibles de ser aplicadas por los tribunales, tanto respecto del procedimiento del juicio como de fondo sobre el litigio. En él concurren normas de origen público y privado, dentro de las cuales figuran no solo las

---

110 "La libertad disfrutada por las partes para aplicar tales reglas es señalada, en el arbitraje internacional contemporáneo, con el uso de las palabras 'reglas de derecho' –*rules of law*– como opuestas al derecho –*law*– cuando describen las reglas respecto de las cuales las partes son libres de seleccionar de conformidad con el principio de la autonomía de las partes": Fouchard, Gaillard & Goldman, ob. cit., pp. 802-804).

111 Rivera, ob. cit., pp. 211 y 212.

disposiciones corporativas –reglamentos de arbitraje, condiciones generales de contratación, contratos-tipo– sino también los usos, la jurisprudencia arbitral –que se suele servir de la teoría de los principios generales del derecho e, incluso, de la nueva *Lex Mercatoria*– y aun normas todavía más informales, tales como la regla moral o la equidad.

Sin embargo, "este pluralismo solo encuentra su plena eficacia gracias a la libertad reconocida por la mayoría de los derechos modernos a las partes y a los árbitros de escoger a su antojo las normas que regirán el procedimiento y el fondo del litigio"[112]. Así mismo, los organismos especializados en materia arbitral han creado procedimientos ágiles y eficaces para resolver las controversias, a través de sus reglamentos. De esta manera, la multiplicidad de disposiciones adquiere su importancia por dos razones:

– La primacía de la autonomía de la voluntad, la cual se traduce, entre otros asuntos, en la escogencia del derecho aplicable y la designación de los árbitros, de manera que la jurisdicción estatal quede por fuera del conflicto y que la decisión sea aplicable a los usos y costumbres aceptados internacionalmente[113].

– El trabajo de los expertos de organizaciones internacionales y de entidades arbitrales que gracias a su experiencia y conocimiento previos, en su labor como árbitros o abogados, presentan al público reglamentos específicos, adaptados y adecuados para resolver sus conflictos, desde un punto de vista sustancial[114] y procedimental[115]. Algunos de estos documentos facultan a

112 Oppetit, B. (2006). *Teoría del arbitraje*, trad. de Silva Romero, E.; Mantilla Espinosa, F. & Caicedo Demoulin, J.J., Legis, Bogotá, pp. 195 y 196. Así mismo, véase Leben, ob. cit., p. 37.

113 "En materia de arbitraje comercial internacional, tratándose de las normas o del derecho que regirán el fondo de la controversia, es valor entendido que habrá de respetarse la autonomía de la voluntad en la selección del derecho aplicable, conforme al principio rector que informa, en términos generales, tanto el régimen jurídico de los contratos internacionales, como el del arbitraje comercial internacional": Grigera Naon, ob. cit., p. 608.

114 Es el caso de los artículos 59(a) de las *Reglas de Arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*, de 1994, y 17(1) de las nuevas *Reglas de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, vigentes desde 1998, los cuales van adelante, al permitirles a las partes y a los árbitros recurrir a *rules of law* antes que al derecho interno –*the law* o *proper law*–. Esta expresión también ha sido adoptada en revisiones de la American Arbitration Association (1997) y de The London Court of International Arbitration (1998): cfr. Moreno Rodríguez, "La nueva '*Lex Mercatoria*': ¿un fantasma creado por profesores de la Sorbona?", cit., p. 121.

115 Grigera Naon, ob. cit., p. 608.

los árbitros para escoger la ley aplicable ante el silencio de las partes, donde se encuentra la nueva *Lex Mercatoria*[116].

A diferencia de lo que ocurre con los árbitros nacionales, quienes en el desarrollo de sus funciones prefieren la aplicación de las normas locales, los internacionales propenden por aceptar la utilización de la nueva *Lex Mercatoria*[117]. Así, estos acuden a la fuente directa del conflicto, es decir, al contenido sustancial del contrato, examinando su sustancia, objetivos, las circunstancias particulares de ejecución y la voluntad de las partes respecto al derecho que se debe aplicar en caso de conflicto[118].

Incluso, algunos instrumentos internacionales imponen la vigencia del uso de comercio con independencia de la voluntad pública o privada manifestada al respecto, como ocurre con el artículo 33(3) del *Reglamento de Arbitraje* de la CNUDMI, el cual, al estatuir sobre la ley aplicable, señala: "En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones

116 Estas circunstancias dan origen a las dos clases de arbitraje internacional: (i) *ad hoc*, cuando las partes tienen la posibilidad de establecer las reglas sustanciales y procedimentales aplicables a su controversia, de manera que el trámite responda a sus necesidades específicas –a falta de acuerdo, el árbitro las puede fijar, para lo cual puede escoger la *Lex Mercatoria*, realzando la majestad de sus principios y disposiciones y contribuyendo a su constante evolución–, y (ii) institucional, es decir, cuando las partes deciden que la controversia sea administrada por centros de arbitraje y decididos conforme a sus reglamentos, los cuales, a su vez, también forman parte de la *Lex Mercatoria*, al tratarse de un derecho de producción autónoma, no estatal: cfr. Talero Rueda, ob. cit., pp. 50-53.

117 Al respecto cfr.: caso *Mechema Ltd. (Inglaterra) v. S.A. Mines, Minérais et Métaux (Bélgica)*, Laudo del 3 de noviembre de 1970; *caso Pabalk Ticaret Limited Sirketi (Turquía) v. Norsolor S.A. (Francia)*; caso CCI, n.° 3131, laudo del 26 de octubre de 1979; caso CCI, n.° 3540, laudo del 3 de octubre de 1980, involucrando partes de Francia y Yugoslavia; caso CCI, n.° 3267, laudo del 28 de marzo de 1984, involucrando una compañía de construcción mexicana y una compañía miembro de un consorcio belga; caso CCI, n.° 6149, laudo sin fecha de 1990, involucrando partes de Corea del Sur y Jordania; caso CCI, n.° 9246, laudo del 8 de marzo de 1996, involucrando partes de Austria y Egipto –disponibles en: www.kluwerarbitration.com, consulta realizada el 14 de agosto de 2013–.

118 "Un arbitraje internacional tiene peculiaridades que lo distinguen claramente de litigios ante jueces naturales. En los fallos arbitrales se ve reflejado el deseo en general de quienes se someten a este medio de controversias de evitar una solución legalista a los conflictos comerciales. Los comerciantes frecuentemente sienten que los tribunales ordinarios no entienden las realidades del intercambio comercial. Y los árbitros, cuya misión deriva del contrato de las partes, deberían –y generalmente lo hacen– dar prelación a las reglas que las mismas partes han establecido para su relación, es decir, los términos del contrato. Se entiende entonces por qué en materia arbitral se propende cada vez más hacia soluciones sustantivas, más apropiadas para la resolución de conflictos que las del mecanismo conflictual": Moreno Rodríguez, "La nueva '*Lex Mercatoria*': ¿un fantasma creado por profesores de la Sorbona?", cit., pp. 117-118.

del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso"[119]. Igual sucede con el artículo 17(1) de las *Reglas de Arbitraje* de la CCI, que dispone: "Las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el Tribunal Arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia. A falta de acuerdo de las partes, el Tribunal Arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas"[120].

En una buena parte de los casos, las decisiones arbitrales no son revisables por los jueces nacionales. Este aspecto y la libertad que tienen las partes de elegir su derecho aplicable para resolver sus conflictos hacen que la nueva *Lex Mercatoria* controle el comercio internacional a través del arbitraje. Por esta razón, algún sector de la doctrina se refiere a un *international law of arbitration* que crece paulatinamente de manera análoga al *common law*, con base en precedentes y prácticas[121].

GRIGERA se pregunta si la autodeterminación de que disponen las partes para resolver sus conflictos a través del arbitraje basado en la *Lex Mercatoria* tiene una función social. Según el doctrinante, en la medida que se permita minimizar las disputas entre los operadores comerciales o asegurar la resolución rápida o eficiente –tanto de costos como de calidad y especialización de los mecanismos de solución de diferendos– de las controversias, y que esto pueda ser alcanzado de mejor manera mediante mecanismos diseñados y puestos en marcha de forma autónoma por tales operadores, con prescin-

119 Esto, en palabras de RIGAUX, "hace que nos encontremos ante un nuevo motor y un nuevo combustible de la autonomía del DUCI: nuevos usos que se aplican por los árbitros directa y espontáneamente y cuya utilización no puede ser objeto de excepción por los tribunales nacionales constituyen de consuno un relevante dato nuevo a la hora de pronunciarse sobre la autonomía de la *Lex Mercatoria*. Como creciente, cuanto menos, habrá de ser en la actualidad calificada dicha autonomía": RIGAUX, F. (1989). *Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, t. 213, vol. I, pp. 9-408, citado por ILLESCAS ORTIZ y PERALES VISCASILLAS, ob. cit., pp. 66-68.

120 "*It is, thus, now often described as including 'legal rules pertaining to notions of a transnational law, lex mercatoria or general principles of law… or the… Unidroit Principles'. Of these, the so-called lex mercatoria (or, literally, law of the merchant) is perhaps the most widely known, given the extraordinary degree of attention and controversy that it has attracted over the years. Indeed, the lex mercatoria and, more generally, references to anational and transnational rules have been criticized as ill-defined, uncertain, elusive and even 'mythical' (…). Notwithstanding the controversy generated by references to transnational legal rules of the lex mercatoria, the application of such rules in ICC arbitration has been increasing in recent years, although parties more often refer to a national law when contracting, as do most ICC arbitrators*": DERAINS & SCHWARTZ, ob. cit., pp. 236 y 237.

121 Es el caso de GILLIS WETTER –citado por MORENO RODRÍGUEZ, "La nueva '*Lex Mercatoria*': ¿un fantasma creado por profesores de la Sorbona?", cit., pp. 117-118–.

dencia de la justicia nacional, se acrecentarán los efectos benéficos generales para toda la sociedad[122].

De esta manera, entre el arbitraje y la nueva *Lex Mercatoria* se establece un vínculo irrompible entre los dos, lo cual puede ser visto desde dos perspectivas: como evidencia de la existencia misma de esta última, dada su invocación en los laudos, y como fuente de ella, en cuanto identifica sus contenidos para que sean aplicados a los casos concretos. Se puede afirmar entonces que la difusión del arbitraje es una forma de expandir las fronteras de la nueva *Lex Mercatoria*[123].

4.3.1. LA INTERPRETACIÓN DE LOS ÁRBITROS

Al manifestar su voluntad, las partes tienen la libertad para que su controversia sea gobernada por "reglas de derecho" que difieren de las normas que aplican las cortes nacionales. Así, los árbitros deben interpretar lo que las partes quisieron decir cuando usaron una expresión particular para descubrir las reglas de derecho aplicables a la disputa. De esta manera, deben ser traductores en los casos en que los conflictos sean decididos en idiomas diferentes, así como precisar la verdadera intención de los contratantes al acoger los términos utilizados, tanto en el contrato como en la cláusula compromisoria. En esta medida, perfectamente podría ser legítimo para ellos aplicar usos comerciales como la nueva *Lex Mercatoria*[124].

Esta situación ha sido admitida por algunas legislaciones, como la francesa. El artículo 1511 CPC francés[125] no se refiere al uso del método de la

122 GRIGERA NAON, ob. cit., pp. 610 y 611.

123 "… la doctrina en general coincide en señalar que el arbitramento es actualmente el medio más importante de resolución de conflictos en materia de contratos internacionales, lo cual es demostrado por las estadísticas de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. Fundada en 1923, como un órgano independiente de esa institución, para 1929 habían sido sometidos a su conocimiento más de 300 asuntos, mientras que 50 más se encontraban pendientes de decisión, los cuales provenían de diversos países, entre los cuales figuraban Argentina, Costa Rica y Cuba. Sin embargo, pocos se encontraban relacionados con demandas arbitrales": RIVERA, ob. cit., pp. 200-202.

124 FOUCHARD; GAILLARD & GOLDMAN, pp. 184-186 y 805-807.

125 Esta disposición señala: "*Le Tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées*". Y agrega: "*Il tient compte dans tous les cas des usages du commerce*". La traducción oficial de este texto es: "El árbitro resolverá la controversia aplicando las reglas de derecho que las partes hayan elegido; en defecto de dicha elección, aplicará las normas que estime adecuadas. Habrá de tener en cuenta

escogencia de la ley aplicable, sino a las "reglas de derecho" que seleccionen las partes o los árbitros. Respecto de estos últimos, la misma disposición los autoriza para buscar la aplicación de un derecho nacional cualquiera, y para tener en cuenta los principios generales del derecho y la nueva *Lex Mercatoria* en la fundamentación de sus decisiones. Esto, para FOUCHARD GAILLARD y GOLDMAN, puede dar lugar a la autonomía de un "*case law arbitral*"[126].

Sin embargo, la ausencia de determinación del derecho aplicable por las partes y la falta de precisión del sistema jurídico aplicable por parte de los árbitros hacen que los laudos no puedan tener un valor de precedentes, salvo que estas decisiones sean recogidas o interpretadas por un tribunal nacional. En efecto, la ausencia de foro y la falta de necesidad de aplicar un derecho nacional o escoger un particular sistema legal, incluso el de la sede del arbitraje, hacen que puedan recoger en su procedimiento y decisión estos principios ampliamente reconocidos en el derecho comparado y de los tratados[127].

---

en todo caso los usos del comercio" –disponible en: www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idSectionTA=LEGISCTA000023450830&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20130717, consulta realizada el 14 de agosto de 2013–. Al respecto, CLAY señala que la expresión 'reglas de derecho', '*règles de droit*', corresponde a una libertad de escogencia de las leyes de fondo. "*C'est une des marques importantes du droit français de l'arbitrage*". Esto por cuanto se trata de una autorización a las partes para que resuelvan su controversia con una legislación decidida por ellos. "*Cette liberté des sources s'explique par la volonté de permettre aux parties, ou aux arbitres, de trancher le litige en appliquant la lex mercatoria, laquelle était très fortement défendue par les auteurs du décret de* 1981. *La référence, dans l'alinéa* 2, *aux 'usages' qui s'imposent en toute circonstance aux arbitres, doit se comprendre à l'aune de l'histoire de cet article, et donc de son prédécesseur, l'article* 1493. *Plus qu'une confirmation de la lex mercatoria, cet article apparait, en* 2011, *comme l'une des manifestations de la consécration de l'ordre juridique arbitral*": CLAY, T. (2012). "Liberté, égalité, efficacité: La devise du nouveau droit francaise de l'arbitrage. Commentaire article par article", *Revue Trimestrielle LexisNexis JurisClasseur* – JDI Lexis Nexis, Paris, p. 831.

126 Para los autores, esta misma tendencia puede ser vista en otras jurisdicciones. Siguiendo el artículo 1511 CPC francés, algunos ordenamientos arbitrales indican que los árbitros solamente necesitan aplicar "reglas de derecho" y no un derecho particular nacional. Así ocurre con el Código de Procedimiento Civil holandés y la *Ley de Derecho Internacional Privado* suiza, disposiciones a las que se hará referencia con posterioridad. Es decir, los árbitros quedan facultados para aplicar normas diferentes a su derecho nacional, así como la *Lex Mercatoria*, ante la omisión de su escogencia por las partes. Cfr. FOUCHARD, GAILLARD & GOLDMAN, ob. cit., pp. 184-186.

127 "Aunque ha sido discutido si los principios generales del derecho y los usos del comercio constituyen un completo y autónomo orden legal, el valor legal de estas reglas ha sido confirmado con creciente frecuencia. Más aún, incluso comentaristas que se oponen a la *Lex Mercatoria* reconocen que es un fenómeno esencial unido al arbitraje y que estas reglas, que los árbitros consideran ser específicas para el comercio internacional, son principalmente encontradas en los laudos arbitrales": FOUCHARD, GAILLARD & GOLDMAN, ob. cit., pp. 184-186.

A pesar de lo anterior, los laudos arbitrales internacionales han ido repitiendo y desarrollando fallos previos, gracias a lo cual la nueva *Lex Mercatoria* ha evolucionado, cuando esta ha sido elegida como ley aplicable o cuando las partes han omitido o delegado esta facultad a los árbitros. "Este tipo de razonamiento indudablemente contribuye a la creación de un clima que promueve el desarrollo del derecho casuístico arbitral diferente de los precedentes judiciales"[128].

4.3.2. PRINCIPIOS INCORPORADOS A LA NUEVA 'LEX MERCATORIA', DECANTADOS DE LOS LAUDOS ARBITRALES

Según quedó precisado con anterioridad, los laudos arbitrales internacionales en materia comercial no constituyen precedentes jurisprudenciales. Sin embargo, la doctrina ha encontrado que las consideraciones con las que los árbitros han tomado sus decisiones se reiteran de manera casi uniforme en ciertos asuntos, desde la formulación que de las mismas hiciera Lord MUSTILL[129]. Dada su naturaleza integradora, así como los criterios de equidad que estos conllevan, a tales postulados se les ha dado el carácter de principios integradores de la nueva *Lex Mercatoria*[130].

Así, la doctrina ha precisado la existencia de los siguientes principios[131]:

– Las partes se obligan a lo pactado en sus contratos –*pacta sunt servanda*[132]–.

---

128 Ibíd.

129 Basado en su amplia experiencia, Lord MUSTILL enunció una serie postulados reiterados por los árbitros en sus fallos: cfr. MUSTILL, ob. cit., pp. 149-183. Aunque el propósito principal del autor era criticar el método de la nueva *Lex Mercatoria*, paradójicamente estos principios han sido considerados en los laudos arbitrales como principios generales constitutivos de la misma e, irónicamente, han sido subsecuentemente usados para sustentar este sistema jurídico: cfr. FOUCHARD, GAILLARD & GOLDMAN, ob. cit., p. 818.

130 Otros los denominan '*principes transnationaux*': LEBEN, ob. cit., p. 45). OSMAN enaltece la existencia de estos principios al afirmar: "*Grace à l'elaboration originale des principes généraux, l'arbitrage constitue indubitablement une source formelle importante de la Lex Mercatoria*": OSMAN, ob. cit., p. 14.

131 TALERO RUEDA, ob. cit., pp. 312 y 314; CADENA AFANADOR, ob. cit., pp. 83-85.

132 Véase la aplicación de este principio en el caso Serbian Loans, reseñado por WEILER, ob. cit., pp. 397-399; CRAIG, PARK y PAULSSON, ob. cit., p. 650.

– Existe la obligación precontractual de negociar de buena fe –*culpa in contrahendo*[133]–.

– Los contratos deben interpretarse de buena fe atendiendo a la verdadera intención de las partes –norma del efecto útil (*in claris non fit interpretatio*)[134]–.

– La interpretación de las cláusulas del contrato debe hacerse en el sentido en que estas sean eficaces –*ut res magis valeat quam pereat*–.

– Existe un deber de cooperación entre las partes de un contrato.

– Solo se indemniza el daño previsible[135].

– El acreedor de una obligación inejecutada debe minimizar su perjuicio[136].

– Es nulo el contrato obtenido mediante medios ilícitos o por corrupción.

– Una entidad estatal no puede sustraerse a las obligaciones que contrajo alegando que es incapaz de celebrar el pacto arbitral o que tal convenio contravino formalidades internas a las cuales estaba sometida.

– Para efectos del pacto arbitral, quien ejerce el control sobre un grupo de sociedades contrata a nombre de todos los miembros del grupo.

– En ciertos casos la matriz o controlante de un grupo empresarial se considera firmante del pacto arbitral suscrito entre su filial o subsidiaria y un tercero.

– Las cláusulas de indexación o de valor oro son válidas.

– Está prohibido el abuso del derecho.

– La realidad contractual prima sobre calificaciones abstractas.

– Existe un deber de información de la parte respecto de las circunstancias relevantes del negocio entre ellas.

– Nadie está obligado a lo imposible.

– La parte no puede obstaculizar o impedir la realización de una condición suspensiva de su propia obligación.

– Está prohibido contradecirse en detrimento de otro –*non concedit venire contra factum proprium*[137]–.

133 Craig, Park & Paulsson, ob. cit., p. 650.
134 Osman, ob. cit., pp. 18-46; Craig, Park & Paulsson, ob. cit., pp. 643-644.
135 Craig, Park & Paulsson, ob. cit., p. 646.
136 Caso cci, n.° 5514, 1990. En Arnaldez, J.J.; Derains, Y. & Hascher, D. (1997). *Collection of icc arbitral awards* 1991-1995 *Recueil des sentences arbitrales de la cci*, icc Publishing – Kluwer, La Haya, Londres y Boston, pp. 459-467.
137 Conocido también como principio del *estoppel*. Cfr. Craig, Park & Paulsson, ob. cit., p. 650.

– Ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado mientras el otro no lo cumpla por su parte o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos, solo si el incumplimiento es grave –*exceptio non adimpletii contractus*[138]–.

– El cambio fundamental de circunstancias puede dar origen a la revisión o adaptación del contrato –*rebus sic stantibus*[139]–.

– Quien no hace valer diligentemente sus derechos ha renunciado a ellos.

– Las prestaciones contractuales deben ser equilibradas.

– Existe una exigencia de una diligencia normal, útil y razonable de las partes en el cuidado de sus intereses.

– La aceptación tácita de un contrato es válida.

Sin embargo, si se analiza detalladamente la formulación de estos postulados, realmente no son nada diferente de los principios generales del derecho, la mayoría de los cuales han sido observados por los jueces de los diferentes sistemas durante siglos. En este punto resulta acertada la crítica que realiza Talero, al afirmar: "aquí no hay referencia alguna a los usos y costumbres mercantiles internacionales, sino más bien a una serie de principios que los Estados han aplicado de tiempo atrás"[140].

4.3.3. Reconocimiento de la nueva 'Lex Mercatoria' por las cortes nacionales

Es claro que la nueva *Lex Mercatoria* es un derecho especial creado por las necesidades del comercio global, gracias no solo a la labor que al respecto realizan los organismos internacionales sino también a la decantación de sus principios efectuada a través del arbitraje comercial internacional. Su origen, alejado de los cuerpos legislativos nacionales, cuyo trabajo en la mayoría de los casos resulta obsoleto, antitécnico e inoportuno hace de este conjunto de preceptos un verdadero derecho transnacional.

138 Caso cci, n.° 3540, laudo del 3 de octubre de 1980, involucrando partes de Francia y Yugoslavia; disponible en: www.kluwerarbitration.com, consulta realizada el 16 de marzo de 2009.
139 Osman, ob. cit., p. 162.
140 Talero Rueda, ob. cit., p. 313. Sin embargo, el autor explica que el tratamiento que se les da a estos postulados es diferente respecto de cada jurisdicción, tribunal de arbitraje o incluso desde la perspectiva de cada sistema legal.

En los foros internacionales ha causado sorpresa ver cómo la nueva *Lex Mercatoria* ha sido reconocida por las cortes nacionales[141]. Estas las han asumido e interpretado para aprobar los laudos arbitrales extranjeros que la han aplicado[142], y también como fundamento para fallar asuntos sometidos a su consideración[143].

Respecto de este último evento, los jueces basan sus decisiones en la normativa interna de cada Estado, principalmente aquellos originarios de países de tendencia romano-germánica, o en precedentes jurisprudenciales. Es así como para los juristas tradicionales resulta escandaloso que las controversias sean regidas y falladas por un derecho diferente al nacional, y que esto sea reconocido por los tribunales de justicia.

La decisión que abrió la puerta a esta posibilidad fue *Eagle Star Ins. Co. v. Yuval Ins. Co.*[144], la cual se remonta a 1978. No obstante, el caso más importante en el que se dio una opinión favorable para el reconocimiento del carácter normativo a la nueva *Lex Mercatoria* como un nuevo derecho de los comerciantes fue *Compañía Valenciana de Cementos Portland v. Société Primary Coal Inc.*, decidido por el Tribunal de Apelaciones de París, el 13 de julio de 1989. A juicio de la corporación, los árbitros tienen autonomía para determinar el derecho aplicable a las controversias contractuales. Por esta razón rechazó una acción que pretendía desconocer un laudo en el que los árbitros aplicaron la nueva *Lex Mercatoria*, con lo cual crearon una regla de derecho[145].

Posteriormente, al revisar el fallo de instancia, el 22 de octubre de 1991 la Corte de Casación decidió que un árbitro que aplica la nueva *Lex Mercatoria* o reglas transnacionales, en lugar de las disposiciones creadas por el Estado, decide conforme a derecho. Así, afirmó: "el Tribunal de Apelaciones no incurrió en violaciones de los artículos 1504 y 1502(3) del Nuevo Código

141 Esto, a pesar de las múltiples críticas que de ellos hacen los jueces nacionales. Cfr. Rivera, ob. cit., pp. 210 y 211.
142 En un caso que involucraba dos empresas petroleras la Corte de Apelaciones inglesa indicó que un laudo proferido con base en la *Lex Mercatoria* no violaba el orden público inglés, por cuanto la escogencia de la misma constituía una determinación razonable de un derecho aplicable al contrato –*Deutsche Schachtbau-Und Tiefbohrgesellschaft v. R'As al Khaimah National Oil Co.* [1987] 2 Lloyd's Report 246, citado por Talero Rueda, ob. cit., pp. 315 y 316–.
143 Darankoum, ob. cit., pp. 432-438.
144 [1978] 1 Lloyd's Rep. 357, 362 (Ct. App. 1977).
145 De Ly, F. (1992). *International business law and Lex Mercatoria*, North Holland, Amsterdam, pp. 261 y 262.

de Procedimiento Civil para examinar las condiciones de la determinación e implementación de los árbitros de la regla de derecho seleccionada"[146].

Se pueden citar algunos casos en los cuales los tribunales de justicia han aceptado que la nueva *Lex Mercatoria* constituye derecho aplicable:

– Estados Unidos: *The Bremen v. Zapata Offshore Co*; *Mitsubishi Motor Corp. v. Soles Chrysler Plymouth Inc.*

– Francia: *Norsolor v. Pabalk Ticaret*[147], *Société Fougerolle v. Banque du Proche Orient*[148], *Compañía Valenciana de Cementos Portland v. Société Primary Coal Inc.*[149], *Dalico Contractors v. Comité de la Municipalité de Khoms El Mergeb*[150], *PT Putrabali Adyamulia v. Rena Holding*[151], *Jules Verne et al. v. American Bureau of Shipping*[152].

– Inglaterra: *Eagle Star v. Yval*, *Deutsche Schautbau-und Tiefbohrgesselschaft mbH v. Ras Al Khaimah National Oil Co. and Shell International Petroleum Co. Ltd.*[153].

– Italia: *Société Arabe des Engrais Phosphates et Azotes (Saepa) y Société Industrielle d'Acide Phosphorique et d'Engrais (Siape) (Túnez) v. Gemanco srl (Italia)*[154].

– Suecia: *Götaverken Arendal AB v. Libyan General Maritime Transport Co.*

4.4. OTRAS MANIFESTACIONES DE UNIFICACIÓN CONTRACTUAL

Además de lo mencionado hasta este punto, existen otros procesos de armonización contractual que merecen atención, como lo son la unificación del

146 Cass. 1e civ, Oct, 22, Fouchard 1991, Compañía Valenciana de Cementos Portland *v.* Primary Coal Inc., 1991 Bull. Civ. 1, n.°. 275 (Fouchard, Gaillard & Goldman, ob. cit., pp. 184-186). Cfr., además, Derains & Schwartz, *ob. cit.*, p. 236.
147 Tribunal de Grand Instance de París, 4 de marzo de 1981. Cour d'Appel de París, 15 de diciembre de 1981 y 19 de noviembre de 1982. Cour de Cassation, 9 de octubre de 1984.
148 Cass. civ. 2e, 1983 D.S. Jur. 235.
149 Cass. Civ. 1, October 22 1991, RCDIP 113.
150 Cass. Civ. 1e, 121 JDI 432, 20Dec. 1993.
151 Cass. Civ. 1e, 29 June 2007.
152 Cass. Civ. 1e, 7 June 2006.
153 Decidido por la Cámara de Apelaciones inglesa. Cfr. Moreno Rodríguez, "La nueva '*Lex Mercatoria*': ¿un fantasma creado por profesores de la Sorbona?", cit., p. 123.
154 Corte di Cassazione italiana, 9 de mayo de 1996, n.° 4342; Corte di Appello de Bari, 2 de noviembre de 1993, n.° 811.

contrato de transporte internacional, dentro de un esquema de ***hard law***, y el Proyecto de Marco Común de Referencia Europeo en la perspectiva del *soft law*.

4.4.1. LA UNIFICACIÓN DEL CONTRATO DE TRANSPORTE INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS

Entre los diferentes modos de transporte, el marítimo resulta el más eficiente para el comercio internacional, en términos de costo y de tiempo, por la capacidad que tienen los buques para transportar en un solo viaje cientos de toneladas[155]. Dada su importancia en el contexto global, se han desarrollado múltiples instrumentos que tienen como propósito regular de manera uniforme este contrato. Dentro de estas normativas se encuentran, por ejemplo, las Reglas de La Haya –Convenio de Bruselas para la Unificación de ciertas Reglas en Materia de Conocimientos de Embarque de 1924–, las Reglas de La Haya-Visby –Protocolo de Bruselas de 1968 y Protocolo SDR de 1979– y las Reglas de Hamburgo –Convenio de la ONU sobre el Contrato de Transporte Marítimo Internacional de Mercancías de 1978–[156].

Estos instrumentos serán reemplazados en un futuro no muy lejano por el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo, más conocido como "Reglas de Róterdam", que surgen en el ámbito internacional como resultado de 13 años de discusiones en diferentes escenarios, y que establecen un régimen legal uniforme que regula los derechos y obligaciones de los cargadores, porteadores y destinatarios sujetos a un contrato de transporte de puerta a puerta que comprenda un tramo internacional por vía marítima. En

155 Frente a la reducida capacidad de porte de los aviones, la poca importancia del transporte ferroviario para el comercio exterior y la restricción del transporte terrestre al comercio fronterizo. Cfr. GUZMÁN ESCOBAR, J.V. (2012). "Hacia una regulación uniforme del transporte marítimo de mercancías". *Ámbito Jurídico*, n.° 356, Separata Especial "Región Caribe", Legis, Bogotá, p. 2.

156 Instrumentos que nunca fueron ratificados tanto por Colombia como por una gran mayoría de los países latinoamericanos. Según UMAÑA MUNÉVAR, la razón por la cual esto sucedió fue por cuanto se prefirió la regulación interna en esta materia, contenida principalmente en los Códigos de Comercio. Cfr. UMAÑA MUNÉVAR, L. (2011). "Las Reglas de Rotterdam: una aproximación a la discusión desde la óptica aseguradora", *Revista Fasecolda*, n.° 140, Bogotá, p. 40.

la actualidad han adherido a él 24 Estados, pero tan solo 2 lo han ratificado, quedando pendientes 18 para que entre en vigor[157].

Por su parte, el contrato de transporte aéreo internacional de mercancías y de pasajeros encuentra un universo de convenciones y tratados que lo regulan, dentro de los cuales se pueden citar el "Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional", hecho en Montreal el 28 de mayo de 1999[158], y sus predecesores –Convenio de Varsovia de 1929, Protocolo de La Haya de 1955, Convenio de Guadalajara de 1961 y Acuerdos de Montreal 1, 2 y 4–[159].

4.4.2. EL PROYECTO DE MARCO COMÚN DE REFERENCIA EUROPEO

Uno de los propósitos de la Comisión Europea en materia de armonización del derecho contractual es fomentar la creación de principios comunes que refuercen la unificación de las normativas nacionales[160]. Por tal motivo, en el año 2003 el organismo comunitario decidió elaborar un Marco Común de Referencia (MCR) que sirviera como un modelo de derecho contractual europeo contentivo de conceptos claros y principios fundamentales para la elaboración de un Código de Derecho Europeo de los Contratos[161]. Para

157 Disponible en: www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/transport_goods/rotterdam_status.html, consulta realizada el 17 de septiembre de 2013. Para GUZMÁN ESCOBAR, si el país quiere realmente hacer parte de un sistema uniforme de regulación del transporte de mercaderías requiere de la ratificación de las Reglas de Róterdam que, a su juicio, son "el convenio más reciente, moderno, y sobre el que la comunidad internacional tiene puestas sus esperanzas como la respuesta a la anhelada uniformidad en la regulación del contrato de transporte marítimo internacional de mercancías": GUZMÁN ESCOBAR, ob. cit., p. 4.

158 Ratificado por Colombia mediante la Ley 701 de 2001.

159 Ratificados por Colombia mediante las leyes 95 de 1965, 30 de 1973 y 19 de 1980. Cfr. GUZMÁN ESCOBAR, ob. cit., p. 2.

160 *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre derecho contractual europeo* del 11 de julio de 2001 (COM/2001/0398 final), disponible en: http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type_doc=COMfinal&an_doc=2001&nu_doc=398, consulta realizada el 17 de septiembre de 2013.

161 *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Un Derecho contractual más coherente. Plan de Acción*, 15 de marzo de 2003 (DOC C 63), p. 11. Sin embargo, no todos ven con buenos ojos la manera como se realiza este proyecto, siendo las críticas numerosas y absolutamente certeras, por cuanto los académicos encuentran que este tipo de iniciativas, de la manera en que se formulan, solamente obedecen a cuestiones de 'politiquería' de la Comisión: "*On en vient alors à la seconde Révélation de la Commission: un droit uniforme améliorera le commerce*

ello, se buscaría identificar "las mejores soluciones tomando en consideración el derecho contractual de los Estados miembros (jurisprudencia y prácticas establecidas), el acervo comunitario y los instrumentos internacionales pertinentes, en particular la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías* de 1980"[162].

Para la realización de los *Common Principles of European Private Law* se convocó a la Joint Network on European Private Law[163]. El trabajo realizado por esta red académica trajo como resultado la presentación en el año 2007 del *Proyecto de Marco Común de Referencia*[164], del cual se produjo una segunda versión dos años después, el cual tiene como sustento no solo las codificaciones nacionales sino también instrumentos internacionales, donde se incluyen principios, definiciones y reglas modelo del derecho contractual europeo[165].

El Proyecto se encuentra construido con fundamento en cuatro principios: libertad, seguridad, justicia y eficiencia. Igualmente, incluye postulados y normas de la teoría general, una parte sobre contratos en particular y otras materias específicas distribuidas en 10 libros[166].

---

transfrontalier au sein de l'UE. Mais en vérité, sauf à réduire le citoyen européen à l'homo œconomicus, il faut évidemment lier l'interrogation sur la réalité d'un progrès pour les échanges commerciaux avec une interrogation sur la réalité d'un progrès général pour les européens. En d'autres termes, il faut mettre l'une et l'autre question en rapport pour vérifier que le progrès économique attendu se fera dans une mesure telle qu'il l'emportera sur les inconvénients que pourrait avoir un Code européen sur un plan général. Ce n'est ni plus ni moins qu'un bilan coût/avantage, précaution élémentaire [...] *mais que, là encore, la Commission européenne s'est bien gardé de faire*": Genicon, T. "Commission européenne et droit des contrats: 'Quousque tandem abutere patientia nostra?'", disponible en: http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/161_fr.pdf, consulta realizada el 20 de septiembre de 2013).

162 *Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro*, 11 de octubre de 2004 (COM (2004), 651 final), p. 12.

163 Entre las entidades que conforman esta red se encuentran: el Study Group of a European Civil Code; el Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group); el Project Group on the Restatement of European Insurance Contract Law (Insourance Group); la Association Henri Capitant; la Societé de Législation Comparée; el Conseil Supérieur du Notariat; el Common Core Group; el Research Group on the Economic Assessment of Contract Law Rule (Economic Impact Group); el Database Group y la Academy of European Law. Cfr. MANSOOR, ob. cit., p. 31; OVIEDO ALBÁN, J. (2011). "El proyecto de Marco Común de Referencia europeo: lecciones para América Latina". *Ámbito Jurídico*, n.° 335, Legis, Bogotá, p. 18.

164 En inglés, *Draft Common Frame of Reference* (DCFR).

165 MANSOOR, *ob. cit.*, p. 31.

166 I. Disposiciones generales; II. Contratos y otros actos jurídicos; III. Obligaciones y derechos; IVA. Compraventa; IVB. Arrendamiento de bienes muebles; IVC. Servicios; IVD. Contratos de

Por todas estas razones, OVIEDO ALBÁN precisa que a pesar de que este documento tiene su origen como política de las instituciones comunitarias europeas, en realidad ha sido reconocido como una obra de académicos, constituyéndose como "el paso más avanzado hacia la conformación de un derecho contractual uniforme europeo que, a su vez, puede servir de modelo para el proceso de armonización global"[167]. En efecto, al igual que sucede con los Principios de Unidroit, se trata de un instrumento de *soft law* al que pueden acudir los contratantes en virtud de la autonomía de la voluntad y servir como fuente tanto para la creación legal como para la toma de decisiones judiciales y arbitrales.

5. ADMISIÓN Y TRASPLANTE DE LA NUEVA 'LEX MERCATORIA' A LAS LEGISLACIONES ESTATALES

Este circuito generado por la nueva *Lex Mercatoria* adquiere cada vez mayor importancia y prestigio internacional como sistema jurídico, pues en su crecimiento siempre vuelve a su interior, se decanta y evoluciona. Gracias a la experticia técnica en la elaboración de los principios e instrumentos por parte de los organismos multilaterales, así como de las decisiones arbitrales que los aplican e interpretan, los Estados han preferido sumarse a la tarea como partícipes activos, durante la negociación de los documentos y, posteriormente, recogiendo tales disposiciones en sus legislaciones internas.

Incluso, algunos de los instrumentos consagran expresamente el deseo de que estos sean acogidos por los legisladores. Por ejemplo, el preámbulo de los Principios de Unidroit señala: "Estos principios pueden servir como modelo para los legisladores nacionales o internacionales"[168]. Como ventaja

---

mandato; IVE. Agencia comercial, franquicia y distribución; IVF. Contratos de préstamo/crédito; IVG. Garantías personales; IVH. Donación; V. Gestión de negocios ajenos; VI. Responsabilidad extracontractual; VII. Enriquecimiento injustificado; VIII. Adquisición y pérdida de la propiedad de bienes muebles; IX. Garantías reales sobre bienes muebles, y X. *Trust*.

167 OVIEDO ALBÁN, "El proyecto de Marco Común de Referencia europeo: lecciones para América Latina", cit., p. 18. El texto que contiene el Marco Común de Referencia ha sido publicado en seis volúmenes en los que se explica su contenido, con comentarios y notas de referencia a las legislaciones nacionales.

168 Unidroit, *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales* 2010, En: OVIEDO ALBÁN, J. (2012). *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales* 2010 "*black letter rules*", Ibáñez, Bogotá, p. 55.

adicional, esto les permite a sus asociados operar de una manera más fácil y activa en el comercio multilateral globalizado.

En la actualidad existen múltiples ordenamientos internos que admiten que un contrato pueda ser sometido a la nueva *Lex Mercatoria*, como quedó precisado con anterioridad. Es el caso del Código de Procedimiento Civil francés, cuyo artículo 1511 señala: "*Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées*". Esta disposición fue adicionada por el artículo 2.º del Decreto 2011-48 del 13 de enero de 2011, que indica: "*Il tient compte, dans tous les cas, des usages du commerce*"[169]. Como se aprecia, el árbitro resolverá la controversia aplicando las normas jurídicas que las partes hayan elegido. En defecto de dicha elección, aplicará las normas que estime adecuadas. Sin embargo, en todos los casos deberá tener en cuenta los usos del comercio. Es allí donde se incorpora directamente la nueva *Lex Mercatoria* al Código de Procedimiento Civil francés.

Por su parte, la expresión "*régles de droit*" se encuentra transcrita de manera similar en el artículo 1054 CPC holandés[170]. Igualmente, los artículos 178(2)[171] y 187(1)[172] de la Ley de Derecho Internacional Privado suiza, del 18 de diciembre de 1987, facultan al tribunal arbitral para fallar conforme a las reglas de derecho escogidas por las partes[173].

Igualmente, al referirse al convenio arbitral, el artículo 9(6) de la Ley 60/2003, del 23 de diciembre, de Arbitraje española[174], establece que este será

169 La posibilidad de escoger el derecho aplicable a los contratos internacionales es reciente. Véase: www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idSectionTA=LEGISCTA000023427275&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20130909, consulta realizada el 8 de septiembre de 2013.

170 ALJURE SALAME, A. (2005). "La ley aplicable al contrato estatal en Colombia", *Foro de Derecho Mercantil – Revista Internacional*, n.º 6, Legis, Bogotá, pp. 143 y 144; FOUCHARD, GAILLARD & GOLDMAN, ob. cit., pp. 802-804.

171 "2. El acuerdo de arbitraje es válido si se ajusta al derecho acordado por las partes, o al derecho aplicable al fondo de la controversia, en particular al contrato principal, o al derecho suizo"; disponible en español en: www.sccam.org/sa/download/IPRG_spanish.pdf, consulta realizada el 8 de marzo de 2009.

172 "1. El tribunal arbitral decidirá el caso conforme al derecho acordado por las partes, a falta de acuerdo, aplicando el derecho con el que la controversia tenga vínculo más cercano": ibíd.

173 ALJURE SALAME, "La ley aplicable al contrato estatal en Colombia", cit., pp. 143 y 144; FOUCHARD, GAILLARD & GOLDMAN, ob. cit., pp. 802-804.

174 "6. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de

válido si se cumplen los requisitos señalados por las normas jurídicas elegidas por las partes para regirlo. Esta redacción tiene como propósito conseguir que España sea escogida como sede arbitral internacional, otorgándoles plena autonomía a las partes para decidir la forma en que se resolverán las controversias. Así, VERDERA explica que la referencia a "normas jurídicas" abarca "no solo las disposiciones de derecho de un Estado, sino también la *Lex Mercatoria* o cualesquiera otras reglas de derecho que, aun no teniendo condición de normas estatales, cumplen el requisito de certeza y cognoscibilidad propio de las reglas jurídicas"[175].

De la misma manera, esta posibilidad se encuentra contemplada en múltiples ordenamientos jurídicos, entre los cuales se encuentran países como Bélgica, Holanda, Egipto, México y Alemania[176]. Incluso, ha sido aceptada por el sistema legal inglés, específicamente por el artículo 46 de la *Arbitration Act* de 1996, el cual establece que las partes pueden escoger reglas transnacionales como su derecho aplicable[177].

En Italia, la aceptación de la nueva *Lex Mercatoria* como sistema jurídico ha sido tajante[178]. En efecto, la propia Corte de Casación se pronunció en 1982, calificándola como un ordenamiento jurídico originario, propio de la *societas mercatoria* y separado del ordenamiento jurídico nacional[179]. Igual-

la controversia, o por el derecho español"; disponible en: www.boe.es/boe/dias/2003/12/26/pdfs/A46097-46109.pdf, consulta realizada el 16 de agosto de 2013.

175 VERDERA & TUELLS, E. (2006). "La ley de arbitraje española: entre la tradición y la innovación", *Revista Internacional de Arbitraje*, n.º 5, Legis, Bogotá, p. 106.

176 LANDO, "The rules of European Contract Law", cit., pp. 6 y 7.

177 "*Rules applicable to substance of dispute*

"*(1) The arbitral tribunal shall decide the dispute—*

"*(a) in accordance with the law chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute, or*

"*(b) if the parties so agree, in accordance with such other considerations as are agreed by them or determined by the tribunal.*

"*(2) For this purpose the choice of the laws of a country shall be understood to refer to the substantive laws of that country and not its conflict of laws rules.*

"*(3) If or to the extent that there is no such choice or agreement, the tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable*" –disponible en: www.opsi.gov.uk/Acts/acts1996/ukpga_19960023_en_3, consulta realizada el 16 de agosto de 2013–. Cfr., además, FOUCHARD, GAILLARD & GOLDMAN, ob. cit., pp. 802-804.

178 Así, refiere GALGANO: "*Statuì che i lodi arbitrali emessi in conformità della Lex Mercatoria e indipendentemente dalla loro conformità al diritto nazionale del luogo di esecuzione*": GALGANO, "La globalizzazione delle fonti del diritto: le leggi nazionali; il contratto; il ruolo delle Corti", cit., p. 316.

179 Casación italiana, 8 de febrero, n.º 722, en *Foro it.*, 1982, I, c. 2885.

mente, la sentencia de la *Corte di Appello di Genova*, del 24 marzo de 1995, señaló que una cláusula *free on board* (FOB) en un contrato internacional es un uso internacional vinculante entre las partes, según lo establece el artículo 9(1) de la Convención de Viena sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980[180].

Respecto de los Incoterms, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ trae a colación dos casos importantes ocurridos en Estados Unidos y en Rusia[181]. En el primero de ellos, tras señalar que se encuentran incorporados a la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, en virtud del párrafo 2 del artículo 9.°, el tribunal indicó: "las definiciones de los Incoterms deben aplicarse al contrato aunque no haya una referencia expresa a ellos en este"[182]. De esta manera, el tribunal sostuvo que, al integrar al contrato objeto de análisis el término *cost insurance and freight* (CIF), las partes tuvieron la intención de aludir a la definición de ese término contenida en los Incoterms. Afirmaciones similares se encuentran en la decisión que se tomó en el segundo caso, donde el tribunal interpretó una cláusula *free on board* (FOB) por remisión a los Incoterms, aunque las partes no los mencionaron expresamente en su convenio[183].

Un ejemplo latinoamericano de incorporación de la nueva *Lex Mercatoria* se encuentra contenido en la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, cuyos artículos 29 a 31[184] permiten que las obligaciones convencionales y contractuales se interpreten e integren por las costumbres y

180 "*Osservato che secondo lo schema accettato della vendita internazionale FOB –franco a bordo– porto d'imbarco convenuto [vincolante inter partes quale uso internazionale ex art.* 9 *CISG]*"; disponible en http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950324i3.html, consulta realizada el 21 de septiembre de 2013.

181 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ. "Reconocimiento de la *Lex Mercatoria* como normativa propia y apropiada para el comercio internacional", cit., p. 77.

182 Caso Clout n.° 447 (Federal District Court, Southern District of New York, Estados Unidos de América, 26 de marzo de 2002), disponible en www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/020326u1.html, consulta realizada el 21 de septiembre de 2013.

183 Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia. Federación de Rusia. Laudo del caso n.° 406/1998, del 6 de junio de 2000, disponible en: www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/000606r1.html, consulta realizada el 21 de septiembre de 2013.

184 Las mencionadas disposiciones señalan: "Art. 29. Las obligaciones convencionales se rigen por el derecho indicado por las partes".

"Art. 30. A falta de indicación válida, las obligaciones convencionales se rigen por el derecho con el cual se encuentran más directamente vinculadas. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar ese derecho.

los principios del derecho comercial internacional, cuando exista conexión con varias jurisdicciones. De ahí que Planchart Pocaterra indique: "el juez puede llegar a determinar que la intención efectiva de las partes fue la de someter un determinado contrato internacional a la *Lex Mercatoria*, en lugar de aplicar la ley de un determinado ordenamiento positivo, siempre y cuando no se vulneren principios de orden público de alguna de las jurisdicciones por las que surge el tema de conflicto de leyes"[185].

COLOFÓN

Después de analizar el origen, la resurrección y la realidad actual de un sistema jurídico transnacional extraestatal, y luego de precisar las ventajas y críticas que la doctrina encuentra en su formulación y aplicación, es posible entender cómo la nueva *Lex Mercatoria* se ha convertido en uno de los motores de creación jurídica más importantes en el ámbito internacional. Las posibilidades que esta ofrece tanto para los operadores del comercio como para los jueces y árbitros, así como para el Estado, son infinitas, dada la gran cantidad de oportunidades que esta brinda, al nutrirse todos los días de la experiencia de los juristas pertenecientes a los diferentes sistemas jurídicos que participan en su formación.

Si bien se trata de un orden reciente, todavía tiene que sufrir múltiples victorias y derrotas que le permitan alcanzar una verdadera consolidación como sistema normativo universal, de obligatoria aceptación global. Sin embargo, el papel protagónico que ha asumido durante las últimas décadas, gracias a su contenido dinámico y no estático, le permitirá seguirse afian-

También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales".

"Art. 31. Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto".

185 PLANCHART POCATERRA, P.L. (2012)."La interpretación e integración de los contratos, los usos y la *Lex Mercatoria*", *Revista Comité de Arbitraje*, Venancham – Comité de Arbitraje, n.° 6, Caracas, p. 5, disponible en: http://es.calameo.com/read/001755224f004d64145c2, consulta realizada el 19 de septiembre de 2013. Igualmente, MORENO RODRÍGUEZ, "Los contratos y La Haya: ¿ancla al pasado o puente al futuro?", cit., p. 320.

zando como el marco jurídico que regirá la economía mundial durante el presente siglo[186].

Por ello, el capítulo siguiente tiene como propósito establecer la manera como este sistema de creación transnacional del derecho se ha convertido igualmente en punto de partida del derecho comercial colombiano. En efecto, es posible señalar que la nueva *Lex Mercatoria* se subsume, por ejemplo, en las fuentes formales cuando se trata de tratados internacionales ratificados por Colombia, momento en el cual se convierten en leyes de la República. Así mismo, cuando la jurisprudencia de las altas cortes asuma sus postulados como precedentes o decisiones con fuerza vinculante, tal como se indicó en el primer capítulo, o cuando las partes los incluyan en sus estipulaciones contractuales.

Así mismo, podría indicarse que este sistema se encuentra incluido en las fuentes auxiliares al tratarse de costumbres internacionales o al ser recogido por la jurisprudencia proferida por los demás tribunales o jueces e, incluso, por los árbitros en los laudos arbitrales. Igual ocurre frente a los tratados internacionales no ratificados por Colombia.

Sin embargo, no debe olvidarse que la nueva *Lex Mercatoria* está compuesta también por principios que informan la creación del derecho. De ahí que haya encontrado en el derecho nacional un espacio importante por el cual se hace preciso entender que no se trata de un hecho aislado sino ciertamente de una fuente del derecho comercial colombiano, y que en la realidad actual merece ocupar un sitio dentro de su esquema de creación jurídica.

186 "*C'est dire que toute approche pragmatique et scientifique des ordres juridiques suppose une vision dynamique, et non plus statique, du phénomène normatif. La Lex Mercatoria, comme tout système juridique, n'échappe pas à cet axiome*": Osman, ob. cit., p. 459.

CAPÍTULO TERCERO

La nueva 'Lex Mercatoria' como origen y fuente del derecho comercial colombiano

La realidad económica vigente al iniciar la segunda década del siglo XXI muestra un crecimiento desbordado de las transacciones mercantiles entre los diferentes países del mundo. Se trata de un fenómeno en el cual el comercio ha vuelto a sus orígenes, en tanto que las fronteras no constituyen impedimento alguno para el intercambio de bienes y servicios que permiten satisfacer las necesidades que tienen sus destinatarios, de una manera ágil, eficiente y oportuna.

Este fenómeno se ha caracterizado por un interés absoluto de los Estados en facilitar esta labor, a pesar de las múltiples voces que van en contravía y descartan cualquier clase de ventaja y beneficio que pueda tener este sistema. No obstante, la labor de los organismos internacionales ha traído consigo una multiplicidad de textos que informan esta red, especialmente, a través de documentos de *hard* y *soft law* que, como ya se ha visto, han adquirido una relevancia tal que son normas reguladoras directas de este tipo de transacciones.

Colombia no ha sido ajena a este proceso: su ubicación geoestratégica, la multiplicidad de recursos naturales y una política estatal coherente han dado lugar a que el país se haya convertido en protagonista directo del intercambio comercial. Sin embargo, desde un punto de vista regulatorio la legislación aplicable a estas operaciones, hasta hace poco tiempo, correspondía a las normas decimonónicas del Código Civil, y principalmente a disposiciones que a la fecha cumplen algo más de 40 años, las cuales se encuentran contenidas en el Código de Comercio.

No obstante, el panorama actual en la materia obedece a un cambio de perspectiva fundamental en la construcción jurídica del sistema normativo del comercio transnacional colombiano. En efecto, son muchos los instrumentos internacionales bilaterales y multilaterales que precisan obligaciones que deben asumir los Estados para facilitar el intercambio, entre los cuales se destacan, principalmente, los denominados tratados de libre comercio.

Adicionalmente, comienzan a vislumbrarse normas en sentido material que reconocen ciertos aspectos de la nueva *Lex Mercatoria* como la manera más adecuada para reglamentar conductas comerciales, cuando existen negocios que involucran factores internacionales como también internos; esto sin contar con que los comerciantes encuentran en ellos costumbres que les permiten regular sus negocios.

Pero quizá el más importante avance en la materia se encuentra contenido en el reconocimiento de sus principios en los laudos arbitrales y la jurisprudencia nacional. Es en estos fallos donde en realidad aparece la nueva *Lex Mercatoria*, en todo su esplendor, como un sistema adicional a la normativa interna, el cual no solo permite regular los contratos sino que faculta a los jueces y árbitros para tener en ella una guía que permita integrar e interpretar las disposiciones de las partes.

Todavía se está lejos del momento en que este orden jurídico transnacional se convierta en fuente directa de creación del derecho comercial colombiano, a través de su reconocimiento por una ley formal expedida por el Congreso de la República. Bastaría con que una disposición fuera ubicada dentro del esquema de fuentes en la costumbre internacional y, por supuesto, como normativa aplicable en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes para regir sus contratos. No obstante, su incorporación a través del sistema de principios, y la adhesión que de ellos se hace a través de la autonomía de la voluntad, a lo que se une su aplicación e interpretación en los fallos judiciales y arbitrales que garantizan su reconocimiento, le permite a la nueva *Lex Mercatoria* hacer parte del sistema de creación del derecho comercial colombiano.

El presente capítulo tiene como objetivo analizar la manera en que este sistema jurídico global se ha ido colando dentro del ordenamiento nacional, para lo cual se dará cuenta de algunas disposiciones que han sido puestas en vigencia como normas de aplicación general. Así mismo, se tratará el reconocimiento que tienen como costumbre, y se hará referencia a la forma como la justicia arbitral y la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia han ido construyendo un entorno de aplicación de sus postulados.

1. POSITIVIZACIÓN DE LA NUEVA 'LEX MERCATORIA' EN NORMAS EN SENTIDO MATERIAL

Las dos últimas décadas han sido importantes para Colombia en materia de negocios internacionales. Esta situación ha traído consigo la necesidad de adecuar ciertas disposiciones normativas para permitir a los operadores del mercado encajar dentro del esquema regulatorio transnacional de manera eficiente y oportuna[1]. Es así como en el ordenamiento jurídico colombiano

1 A pesar de la importancia de la incorporación de estos instrumentos a los ordenamientos jurídicos nacionales, los cuales les permiten afrontar los retos que conlleva la globalización, los

se han puesto en vigencia múltiples normativas de *hard law*, de las cuales las más representativas son la "Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras", hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, aprobada por la Ley 37 de 1979, y la "Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías", hecha en Viena el 11 de abril de 1980[2], aprobada mediante la Ley 518 de 1999[3].

Así mismo, se ha hecho referencia a instrumentos de *soft law*, que han sido incorporados a la legislación interna gracias a arduas discusiones que han dado lugar a la creación de normativas que recogen los postulados principales de los mismos y que fueron adaptados para su incorporación al derecho interno. Es el caso de la *Ley Modelo sobre Comercio Electrónico* de la CNUDMI, de 1996, la cual fue incorporada en la Ley 527 de 1999, "Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones"; la *Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza* de la CNUDMI, de 1997, de la que se incorporaron varias de sus disposiciones en la Ley 1116 de 2006, "Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones", y la *Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias*,

Estados muestran desidia en esta actividad. Esto, a juicio de FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y CALVO CARAVACA, sucede "por la obstinada renuncia de los Estados respecto de todo lo que signifique un mínimo de compromiso internacional que afecte su soberanía": FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. & CALVO CARAVACA, A.L. (1995). *Derecho mercantil internacional*, Tecnos, Madrid, p. 49).

2 Resulta importante la aclaración de OVIEDO ALBÁN frente al contenido de esta normativa: "es preciso anotar que el Convenio de Viena sobre compraventa no abarca todos los temas y circunstancias que se pueden derivar de un contrato de esta naturaleza. Es aquí entonces, donde adquiere importancia el régimen de fuentes (...), y que permitirá afirmar que tal contrato se rige por una serie de disposiciones y reglas que no pueden estar ubicadas en la normativa vienesa, la cual además, tiene naturaleza supletiva": OVIEDO ALBÁN, J. (2008). *Regulación del contrato de compraventa internacional. Antecedentes estructura y fuentes*, Ibáñez, Bogotá, p. 72.

3 Respecto de la situación de estos textos y el seguimiento que hacen los países de los preceptos de las leyes modelo de la CNUDMI se encuentra un listado en: www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts.html, consulta realizada el 12 de octubre de 2013. No obstante, existen otras preceptivas expedidas por organismos como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, en materia de propiedad industrial, la Organización Mundial del Comercio y Unidroit que se encuentran vigentes en Colombia, cuya importancia resulta trascendental en materia de armonización legislativa del comercio transnacional. Varios de estos documentos han sido mencionados durante este trabajo.

que sirvió como soporte de la Ley 1676 de 2013, "Por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias".

No obstante, una de las normativas internacionales que mayor impacto ha tenido en la práctica nacional es la *Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional* de la CNUDMI, de 1985[4]. Parte de esta preceptiva es incorporada como reglas en los artículos 62 y siguientes de la Ley 1563 de 2012, "Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones".

Para que exista arbitraje internacional, según la ley colombiana, es preciso que se presente cualquiera de las tres circunstancias precisadas por el artículo 62 de la Ley 1563: (i) que las partes en un acuerdo de arbitraje tengan, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus domicilios en Estados diferentes; (ii) que el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en el cual las partes tienen sus domicilios; o (iii) que la controversia sometida a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional[5].

En esta normativa, el contenido del artículo 101 resulta de la mayor importancia, al establecer:

> El tribunal arbitral decidirá de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes. La indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado se entenderá referida, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de

4 En el capítulo anterior se hicieron comentarios respecto de esta normativa, señalando los inconvenientes que tuvo su primera implementación en la Ley 315 de 1996, cuyo trasplante fue deficiente y por ello nunca fue reconocida como derivación de la Ley Modelo por la CNUDMI.

5 De conformidad con esta norma, si alguna de las partes tiene más de un domicilio, el domicilio será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje. Igualmente, si una parte no tiene ningún domicilio, se tomará en cuenta su residencia habitual. Según CARRIZOSA CALLE, en el nuevo articulado se elimina el elemento subjetivo contenido en el artículo 1.º de la Ley 315 de 1996, según el cual el arbitraje era internacional cuando las partes así lo hubieran pactado. De esta manera, el articulista precisa que el concepto y alcance del arbitraje internacional recoge elementos de la Ley Modelo y los pronunciamientos realizados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-347 de 1997, M.P.: JORGE ARANGO MEJÍA, "con lo cual se procura un punto de equilibrio entre el contexto internacional y la posición de las cortes locales": CARRIZOSA CALLE, M. (2013). "Visión general del arbitraje internacional". *Estatuto Arbitral Colombiano. Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012*, Comité Colombiano de Arbitraje, Ministerio de Justicia y del Derecho y Legis, pp. 363 y 364, Bogotá. Cfr., además, SILVA ROMERO, E., "De la calificación del arbitraje de internacional en el estatuto de arbitraje", en *Estatuto Arbitral Colombiano. Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012*, cit., pp. 345-357.

> dicho Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. Si las partes no indican la norma, el tribunal arbitral aplicará aquellas normas de derecho que estime pertinentes. El tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* solo si las partes lo hubieren autorizado. En todo caso, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y teniendo en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

Como se aprecia, esta disposición ordena que los árbitros deban fallar de conformidad con un cuerpo normativo cuando se trate de un arbitraje en derecho. En esa medida, resulta factible tener en cuenta para ello la nueva *Lex Mercatoria*, "e incluso interpretar las normas teniendo en consideración el carácter internacional de la controversia y la necesidad de promover la interpretación uniforme de las mismas"[6]. Esto es viable en virtud de lo expresado por el inciso 1.º del artículo 64 de la Ley 1563 que indica: "En la interpretación del arbitraje internacional habrán de tenerse en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe".

Sin embargo, la posibilidad brindada por la ley de acogerse a una preceptiva diferente a la colombiana para decidir controversias arbitrales no resulta bien vista por algunos detractores de este mecanismo de solución de controversias. Esto ocurre, especialmente, por agentes del sector público, entre quienes se encuentra principalmente la Procuraduría General de la Nación, para quien las entidades públicas no deben acogerse al arbitraje internacional, dado que la ley colombiana actúa como una forma de protección de los intereses públicos, y mucho menos adecuado resultaría someter al país a una ley extranjera o a un cuerpo jurídico internacional, como sucedería con la nueva *Lex Mercatoria*. Su posición tiene como fundamento que en virtud del principio de legalidad las entidades públicas no podrían escoger como ley aplicable del contrato una diferente de la nacional, por cuanto ellas solamente deben cumplir las funciones que les asignan expresamente la Constitución y la ley[7].

6 ZAPATA DE ARBELÁEZ, A., "La norma sustancial aplicable al arbitramento internacional", en *Estatuto Arbitral Colombiano. Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012*, cit., pp. 422 y 423.

7 Esta posición fue asumida por el organismo de control mientras estuvo a su cargo EDGARDO MAYA VILLAZÓN. Sin embargo, tal postura ha sido reevaluada por el actual procurador, ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO. Cfr. "Procurador General pide preparación para defender los intereses colombianos en los tribunales del arbitramento internacional", disponible en: www.procuraduria.gov.co/iemp/Procurador-general_pide_preparacion_para_defender_los_intere-

No obstante, esta postura proteccionista resulta contraria a los postulados que rigen la materia en el mundo, tal como quedó señalado con anterioridad. En efecto, si un Estado decide aplicar la nueva *Lex Mercatoria* en lugar de su legislación interna para que rija un contrato celebrado por él, no le es válido desconocer, posteriormente, tal escogencia. Incluso, la propia Ley 1563 advierte esta circunstancia en el último inciso del artículo 62: "Ningún Estado, ni empresa propiedad de un Estado, ni organización controlada por un Estado, que sea parte de un acuerdo de arbitraje, podrá invocar su propio derecho para impugnar su capacidad para ser parte en un arbitraje o la arbitrabilidad de una controversia comprendida en un acuerdo de arbitraje".

En cualquier caso, se reitera, es posible que en Colombia se aplique este sistema jurídico transnacional[8]. Al respecto debe tenerse en consideración que si bien esta disposición faculta a las partes para escoger un derecho de naturaleza nacional o internacional para resolver el fondo del litigio, tal elección no puede en ningún momento dar lugar a la clusión de la aplicación de normas de orden público o "leyes de policía", ni suponer la violación de principios propios del llamado "orden público realmente internacional"[9].

---

ses_colombianos_en_los_tribunales_del_arbitramento_internacional.news, consulta realizada el 8 de agosto de 2013.

8 Gamboa Morales, N. (2006). *Apuntes sobre arbitraje internacional*, Universidad del Rosario, Bogotá, p. 20. Sin embargo, otros, como Gaviria Gil, indican que las partes deberían evitar la estipulación de cláusulas que escojan como ley aplicable nociones vagas como la nueva *Lex Mercatoria*, por cuanto a su juicio crearán innecesarias y adicionales controversias acerca de la ley aplicable, aumentando los costos y reduciendo la predictibilidad de un laudo arbitral que resuelva una controversia futura: cfr. Gaviria Gil, J.A. (2013). "Comentarios sobre las nuevas normas colombianas en materia de arbitraje internacional", *Revista de Derecho Privado*, n.° 24, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 265 y 266.

9 Por este concepto deben entenderse los principios fundamentales comunes a una multitud de derechos nacionales que provienen de la comunidad internacional. Cfr. Silva Romero, E. (2002). "Las normas jurídicas aplicables en el arbitraje comercial internacional. Breve contribución al derecho internacional privado colombiano", *Revista de Derecho Privado*, n.° 28, Uniandes, Bogotá, pp. 3-43. Cfr., además, Fernández de la Gándara & Calvo Caravaca, cit., p. 599; Salcedo Castro, M. (2006). *El arbitraje en los contratos concluidos por la administración. Estudio de derecho comparado francés y colombiano*, Universidad del Rosario, Bogotá, p. 210; Oviedo Albán, J. (2001). "Los usos y costumbres en el derecho privado contemporáneo", *Vniversitas*, n.° 102, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, pp. 343-379, disponible en: www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban.html#50, consulta realizada el 12 de octubre de 2013. Para la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, el concepto de orden público "se limita a los principios básicos o fundamentales de las instituciones, a lo cual servirían de ilustración: la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos, la buena fe, la imparcialidad del tribunal arbitral y el respeto al debido proceso. Por lo tanto, en principio, el desconocimiento de una norma imperativa propia

La adopción de la nueva *Lex Mercatoria* en normas en sentido material va más allá del arbitraje. En materia comunitaria, al adoptar la Declaración Andina de Valor, mediante la Resolución 1239 del 29 de mayo de 2009, la Comunidad Andina de Naciones trajo a colación los Incoterms, al regular la factura comercial. Así, el artículo 3.° de esta normativa establece:

> A los efectos de la aplicación del primer método 'Valor de transacción de las mercancías importadas' establecido en el artículo 1.° del *Acuerdo sobre Valoración de la OMC*, la factura comercial debe: [...]
>
> 5. Contener como mínimo los siguientes datos: [...]
>
> h) Lugar y condiciones de entrega de la mercancía, según los términos Internacionales de Comercio 'Incoterms', establecidos por la Cámara de Comercio Internacional, u otros acuerdos[10].

En el mismo sentido se expresa el numeral 7 del artículo 188 de la Resolución 4240 del 2 de junio de 2000 de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), en donde se reproduce igualmente tal requerimiento[11].

De otra parte, la normativa colombiana en materia de energía eléctrica también hace una remisión expresa a la nueva *Lex Mercatoria* en la Resolución 61 del 5 de julio de 2005 de la Comisión de Regulación de Energía

---

del 'foro' del juez del exequátur, *per se*, no conlleva un ataque al mencionado instituto, lo será, si ello trae como consecuencia el resquebrajamiento de garantías de linaje superior, como las antes enunciadas": Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Exp. 11001-0203-000-2007-01956-00, julio 27/2011, M.P.: Ruth Marina Díaz Rueda.

10 Esta normativa actualiza la Resolución 1112 de la Comunidad Andina de Naciones, la cual se modifica en algunos aspectos mínimos en esta materia; disponible en: www.comunidadandina.org/Normativa.aspx# y en www.calidadgrm.com/general/Formacion/Plan%20de%20formacion%20GRM%202010/MATERIAL%20CAPACITACIONES/Asistente%20Tecnico/Impresion/RESOLUCI%D3N%201239.pdf, consulta realizada el 8 de septiembre de 2013. Cfr., además, Rodríguez Fernández, ob. cit., pp. 333 y 334.

11 Según refiere Rodríguez Fernández, los motivos que dieron lugar a la expedición de estas disposiciones son desconocidas, a pesar de que la primera de ellas invoca el cumplimiento del primer método, "Valor de transacción de las mercancías importadas", establecido en el artículo 1.° del Acuerdo sobre Valoración de la OMC. En efecto, en este texto no se señala de manera alguna que se deba hacer referencia directa a los Incoterms, como lo hacen la Comunidad Andina de Naciones y la DIAN. Cfr. Rodríguez Fernández, M. (2010). "Los nuevos términos comerciales internacionales –Incoterms– (versión 2010) y su aplicación en el derecho colombiano", *Revista e-Mercatoria*, vol. 9, n.° 2, Bogotá, pp. 32-36; disponible en: www.emercatoria.edu.co/usuario.asp?idPublicacion=109, consulta realizada el 20 de septiembre de 2013.

y Gas, "Por la cual se Expiden Normas sobre las Garantías para el Cargo por Confiabilidad". El artículo 3.º de la mencionada disposición establece:

> *Principios y otorgamiento de las garantías*. Las garantías reguladas en la presente resolución deberán cumplir con los principios del artículo 77 de la Resolución CREG-071 de 2006 o aquellas que la modifiquen, adicionen o sustituyan, y con los siguientes criterios: [...]
>
> Cuando se trate de garantías expedidas por entidades financieras del exterior, el valor de la garantía constituida deberá estar calculado en dólares de los Estados Unidos de América, y ser exigible de acuerdo con las normas RUU(UCP)600 de la Cámara de Comercio Internacional –CCI– (*ICC Uniform Customs and Practice for Documentary Credits UCP* 600) o aquellas normas que las modifiquen, adicionan o sustituyan y con las normas del Estado Nueva York de los Estados Unidos de América. Estas garantías deberán prever mecanismos expeditos y eficaces para resolver definitivamente cualquier disputa que pueda surgir en relación con la garantía entre el beneficiario y el otorgante aplicando las normas que rigen su exigibilidad, tales como la decisión definitiva bajo las *Reglas de Conciliación y Arbitraje de la CCI*, por uno o más árbitros designados según lo establecen las mencionadas reglas, o a través de los jueces del Estado de Nueva York[12].

2. LA REVALORACIÓN DE LOS ARBITRIOS COMPLEMENTARIOS Y LA NECESARIA REFORMULACIÓN DE LA TRASCENDENCIA DE LA COSTUMBRE INTERNACIONAL

En un capítulo anterior se hizo referencia a los arbitrios complementarios del derecho comercial, los cuales se encuentran contenidos en el artículo 7.º C.Co. colombiano. Estos son los tratados internacionales no ratificados por Colombia, los principios generales del derecho comercial y la costumbre mercantil internacional.

Tradicionalmente, tanto la ley como la doctrina los han relegado a un lugar de fuente auxiliar, con lo cual no gozan de la misma importancia que tienen las fuentes formales. Sin embargo, la realidad económica del siglo XXI, la rapidez de las transacciones y el desarrollo exponencial que vive el comercio transnacional hacen que estos arbitrios complementarios adquieran mayor relevancia, y que deban ocupar un lugar sobresaliente dentro del sistema de creación del derecho comercial colombiano.

12 El artículo 3.º fue modificado por el artículo 1.º de la Resolución CREG-094 de 2007 y el numeral 8 por el artículo 1.º de la Resolución CREG-037 de 2008; disponible en: http://apolo.creg.gov.co/Publicac.nsf/Indice01/Resolucion-2008-Crego37-2008, consulta realizada el 16 de agosto de 2013.

Por ejemplo, ya se ha visto la importancia que tienen los tratados internacionales no reconocidos en Colombia al momento de interpretar asuntos que no encuentran regulación directa en el ordenamiento jurídico. Igualmente, se ha hecho alusión a la relevancia de que gozan los principios generales del derecho y, específicamente, del comercial en la construcción de las reglas que rigen el sistema. Qué decir de las costumbres internacionales, las cuales se constituyen como el sustento de la creación de la nueva *Lex Mercatoria* en todas sus manifestaciones, pues sus disposiciones tienen su origen principalmente en los usos de los comerciantes al realizar sus contratos internacionales y en los laudos arbitrales internacionales que los reconocen, desarrollan y aplican a las controversias que ellos suscitan.

En efecto, si se analizan las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías se encuentran dos normas que establecen de qué manera los usos son reconocidos en cuanto a su importancia, la cual se extrapola del propio instrumento. Así, indica el artículo 8(3): "Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes".

Por su parte, el artículo 9.º indica: "1. Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas". Y agrega: "2. Salvo pacto en contrario se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate".

La misma intención existe en los Principios de Unidroit, cuyo artículo 1(8), sobre "Usos y prácticas", establece: "1. Las partes están obligadas por cualquier uso en cuya aplicación hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas". Y añade: "2. Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado

en el tráfico mercantil de que se trate por sujetos participantes en dicho tráfico, a menos que la aplicación de dicho uso no sea razonable".

Por ello, la reubicación de los usos y costumbres en la pirámide jurídica mercantil colombiana de fuentes, en la actualidad se torna necesaria. Se precisa entonces dar una mayor ponderación a las costumbres internacionales haciéndolas prevalecer, incluso para resolver cuestiones de derecho interno, de manera de integrar el sistema y facilitar a los operadores del comercio transnacional la realización de sus negocios[13]. Esto se lograría claramente mediante una nueva formulación de las disposiciones generales del título preliminar del Código de Comercio, acorde con la realidad económica transnacional, que le permita al país encarar las condiciones actuales y futuras del comercio globalizado[14].

Sin embargo, esta propuesta no implica que las costumbres internacionales no dispongan ahora de importancia y validez dentro del sistema legal colombiano. En efecto, los usos comerciales internacionales se encuentran reconocidos en los mencionados artículos 8(3) y 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, instrumento que hace parte del ordenamiento jurídico nacional, desde su aprobación mediante la Ley 518 de 1999. Es decir, las costumbres internacionales adquirieron desde aquel entonces su reconocimiento como ley en sentido formal dentro del sistema de fuentes del derecho comercial colombiano[15].

13 De la misma opinión, Oviedo Albán, "Los usos y costumbres en el derecho privado contemporáneo", cit., pp. 343-379.

14 Tal idea tiene su germen en las discusiones que se plantearon con ocasión de los 30 años del Código de Comercio colombiano. En esa ocasión, al analizar el papel que cumple el derecho civil en las fuentes del derecho comercial, se planteó la necesidad de que los arbitrios complementarios se ubicaran en el lugar que en la actualidad ocupa la aplicación de la ley civil, correspondiente al artículo 2.° de la mencionada preceptiva. Cfr. Mendoza Ramírez, Á. (2001). "Principios generales del derecho comercial", *Seminario Internacional: Código de Comercio: 30 años*, C.D. Rom., Legis – Universidad de La Sabana, Bogotá, pp. 295 y 296. Ahora se plantea no solo la misma idea, la cual nunca tuvo repercusión alguna en el sistema, pero adicionada en cuanto a la internacionalidad del comercio.

15 De la misma opinión Oviedo Albán, quien asegura: "Ahora y por otra parte, debe darse cuenta el intérprete [de] que con la incorporación de la Convención por medio de la Ley 518 de 1999, la costumbre mercantil internacional [...] ha dejado de ser una de las cenicientas de las fuentes del derecho mercantil, si se tiene en cuenta que la mencionada ley es de naturaleza comercial, y que el artículo 1.° del Código es muy claro al decir: 'Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en

Y esto no solamente es aplicable a las compraventas de mercaderías internacionales, sino también a todos los contratos comerciales, pues aquí resulta factible integrar la ley comercial y aplicar analogía de sus normas, como lo establece el artículo 1.° C.Co.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS INCOTERMS DE LA CCI EN EL DERECHO COLOMBIANO

Ya se ha indicado cuál es la importancia que tienen los usos y costumbres en el comercio transnacional, y de qué forma estos encuentran espacio en el ordenamiento colombiano. Según se indicó previamente, la entidad internacional que ha realizado el mayor esfuerzo en la compilación de este tipo de prácticas ha sido la Cámara de Comercio Internacional. Aunque son múltiples los documentos que esta entidad ha proferido, quizá el que mayor eco tiene en el ámbito negocial son los Incoterms, respecto de lo cual Colombia tampoco es una excepción.

Como fuera advertido en un capítulo anterior, se trata de un documento cuyos términos deben ser escogidos autónomamente por las partes para que sean aplicables a los contratos de compraventa internacional de mercaderías[16]. Sin embargo, su utilización voluntaria cada día es mayor y son millones las transacciones realizadas en el mundo donde estos son incorporados, lo cual los convierte prácticamente en textos de obligatoria utilización. Más

ella serán decididos por analogía de sus normas": Oviedo Albán, "Los usos y costumbres en el derecho privado contemporáneo", cit., pp. 343-379.

16 Según refiere Rodríguez Fernández, esa elección solo procede al momento de la contratación, es decir, al momento de la celebración del contrato y no en otro momento diferente. "Ello es evidente, las partes al incorporarle al contrato una cláusula en donde se introducen los Incoterms están delimitando el alcance de sus obligaciones y de su responsabilidad por la pérdida o deterioro de las mercaderías, por lo que no sería lógico considerar que la referencia a esos términos pueda surgir en un momento posterior a la celebración del contrato". Adicionalmente, el autor precisa que tal elección debe ser clara y expresa, haciendo referencia específica a que se trata de los términos recopilados por la Cámara de Comercio Internacional. "Lo anterior, con el propósito de evitar confusiones con otros términos comerciales que se encuentran incorporados en legislaciones de países como Estados Unidos, Inglaterra o Colombia". Por ello, se recomienda que la referencia a su publicación sea expresa, indicando el número de documento y la fecha de su expedición. "Un ejemplo de dicha referencia sería el siguiente: FOB Santa Marta Incoterms CCI 2010": Rodríguez Fernández. "Los nuevos términos comerciales internacionales –Incoterms– (versión 2010) y su aplicación en el derecho colombiano", cit., pp. 32-36.

aún cuando normas de carácter material así lo ordenan, según se vio en el apartado precedente[17].

Igualmente, resulta preciso indicar que la importancia de estos términos resulta tal que en la actualidad se encuentran reconocidos y certificados como costumbre mercantil local en la ciudad de Bogotá. Sin embargo, el estudio efectuado por la Cámara de Comercio de esta ciudad se refirió a que cuando las partes escogen un término de comercio internacional se hace referencia exclusiva a los descritos como tales por la Cámara de Comercio Internacional.

Es así como el operador que solicite un certificado de costumbre encontrará la siguiente leyenda: "Es costumbre mercantil en Bogotá, que cuando en un contrato de compraventa internacional de mercancías se use el término [...][18] se entiende que se refiere al término Incoterms descrito por la Cámara de Comercio Internacional vigente al momento en que se suscribió el contrato"[19].

4. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT POR TRIBUNALES ARBITRALES COLOMBIANOS

Este apartado tiene como objeto compendiar las decisiones arbitrales más importantes en las que los árbitros colombianos invocan los Principios de Unidroit para resolver los litigios sometidos a su consideración. Cabe precisar que para los efectos de este documento, única y exclusivamente, se hará referencia a los hechos y se mencionará de qué manera los árbitros utilizaron los Principios de Unidroit. De esta forma, se dejan de lado los

17 "Pero bien, independientemente de las razones que se puedan invocar para obligar al comerciante a adoptar un texto que internacionalmente se ha reconocido como puramente voluntario, es evidente que esa disposición va en contravía del principio de autonomía de la voluntad y, además, desplaza normas como la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de 1980, normas que ya han sido incorporadas a nuestra legislación por el órgano legislativo competente (Ley 518)": ibíd. Aunque esto resulta coherente con el espíritu del derecho comercial internacional, en donde predomina la autonomía de la voluntad, la obligatoriedad que surge por los mandatos legales que acogen este tipo de disposiciones recuerda la manera como se creó el derecho mercantil propio del Estado nacional, recogiendo usos y costumbres y consignándolos en textos legales cuya universalidad y obligatoriedad no admite discusión.

18 En este espacio se encontrarán los términos EXW – FCA – CPT – CIP – DAT – DAP – DDP – FAS – FOB – CFR – CIF.

19 Listado completo disponible en: http://camara.ccb.org.co/contenido/contenido.aspx?catID=73&conID=1047&pagID=5323, consulta realizada el 13 de octubre de 2013.

otros múltiples aspectos de las decisiones, las cuales escapan del entorno propio de este trabajo.

4.1. 'GUILLERMO ALEJANDRO FORERO SÁCHICA V. CONSULTORÍA ÓSCAR G. GRIMAUX Y ASOCIADOS, SAT Y CITECO CONSULTORA S.A.'[20]

En este asunto se pidió la nulidad de una promesa de contrato donde se subcontrató a un ingeniero para realizar ciertas actividades de interventoría técnica en un contrato de obra pública en el que todos los litigantes obraron en calidad de consorcio. La decisión convertiría a las partes en socios de hecho, razón por la que se solicitó la entrega de un porcentaje de lo recibido por concepto del contrato, a título de dividendos, anticipos o préstamos.

Al analizar el caso, el árbitro encontró que esta relación jurídica, en un contexto internacional, encuadraba en un contrato de colaboración empresarial bajo la modalidad conocida como *joint venture by contract*, el cual se presenta cuando dos o más personas conjuntamente buscan lucrarse en algún proyecto, aventura o negocio determinado, sin crear una nueva persona jurídica distinta de quienes participan, para cuyo desarrollo combinan su propiedad, dinero, efectos, habilidades y conocimientos. Al tratarse de un tipo contractual atípico, el tribunal señaló que le son aplicables las normas, clasificaciones y criterios propios de los contratos innominados del derecho colombiano, así como los principios, la doctrina y los usos aceptados de manera general en el ámbito internacional. Especialmente, las convenciones internacionales aplicables a la forma contractual del "*joint venture*" y los Principios de Unidroit.

En tal medida, al analizar el desarrollo del contrato, el árbitro encontró que las partes aportaron un bien inmueble para dotar al consorcio de una sede propia para su operación administrativa, el cual quedó contabilizado en su balance. En las actas pertinentes, se indicó que si el consorcio decidiere afectar el producto de una eventual venta del inmueble como distribución de beneficios, de los montos netos de su enajenación le correspondería al demandante una participación porcentual.

20 Laudo arbitral, mayo 10/ 2000. Árbitro: JORGE CUBIDES CAMACHO.

Así, a juicio del fallador, a esta situación le resulta aplicable el artículo 7(4)(9) de los Principios de Unidroit que indica que si una parte no paga una suma de dinero cuando corresponde, la otra tiene derecho a recibir intereses desde el vencimiento de la obligación hasta el momento del pago, a la tasa de interés "promedio bancario en los préstamos bancarios a corto plazo a favor de clientes calificados y que sea el ordinario para la moneda de la obligación en la plaza donde haya de hacerse el pago". Este concepto resulta correspondiente y similar al de la tasa de interés bancario corriente del derecho colombiano.

4.2. 'INTERCELULAR DE COLOMBIA S.A. V. BELLSOUTH DE COLOMBIA S.A.'[21]

A juicio de la demandante existió un contrato de agencia que fue incumplido por su contraparte pues ella no solo realizó una serie de conductas abusivas en virtud de su posición dominante sino que desconoció una serie de comisiones que se habían establecido respecto de los varios negocios planteados entre los contratantes. Al analizar uno de ellos, el panel encontró que solamente existieron unas negociaciones y propuestas que no dieron lugar a la concreción de un contrato.

Por ello, esta situación desconfigura el concepto del abuso, pues aceptarlo significaría "llevar al extremo los deberes de lealtad y colaboración que se predican de las partes de un contrato". Estos, agrega, "aluden a conductas francas y abiertas, pero no se extienden a la necesidad de aceptar, de manera includible, todas las iniciativas que se formulen a lo largo de la relación contractual".

Es allí donde los árbitros mencionan los Principios de Unidroit, por cuanto para sustentar su postura se basan en el comentario complementario de la cláusula 5(3) de esa preceptiva: "La obligación de cooperación entre las partes, por supuesto, debe circunscribirse a ciertos límites (esta disposición hace referencia a una cooperación que pueda ser 'razonablemente esperada')".

21 Laudo arbitral, diciembre 20/2002. Árbitros: Nicolás Gamboa Morales, Saúl Sotomonte Sotomonte y Jorge Cubides Camacho.

4.3. 'EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. ESP V. COMPAÑÍA ELÉCTRICA DE SOCHAGOTA S.A. ESP'[22]

Las partes suscribieron un contrato de suministro de energía y disponibilidad de potencia por 20 años, de acuerdo con una convocatoria pública internacional, realizada en el mes de febrero de 1993. Luego de varias modificaciones y adiciones, la demandante solicitó la nulidad del contrato, por cuanto en su criterio este adolece de objeto ilícito, dado que tal tipo de convenios no puede superar el máximo de vigencia establecido por la Resolución 10 de diciembre de 1993 de la Comisión de Regulación Energética, el cual fue fijado en ese momento en 2 años. En tal sentido, se pretende la cesación de cualquier pago que por este concepto se deba entre los convocantes.

En las consideraciones de su laudo los árbitros expresaron:

> ... en el tráfico mercantil contemporáneo, y con mayor razón en el que involucra elementos relevantes de internacionalidad, adquieren cada vez mayor predominio las interpretaciones objetivas, técnicas o típicas que en cuanto tales, más que a averiguar la voluntad subjetiva particular de cada uno de los agentes contratantes, se encaminan a poner de manifiesto el sentido propio, habitual o acostumbrado que las palabras tienen en determinados segmentos de ese tráfico, sentido que salvo evidencia categórica que imponga concluir lo contrario, es de presumirse conocen con exactitud dichos agentes[,] como que son personas honradas, preparadas y diligentes que cuentan con el adecuado conocimiento de idiomas, especialidad técnica y experiencia en la clase de actividades a que hace referencia el contrato, sobresale a las claras la singular importancia que en el análisis del caso de autos tienen las expresiones resaltadas entre comillas, toda vez que deben ser consideradas como un medio de comunicación revelador en mucho, tanto entre los propios contratantes como también para terceros conocedores del ramo comercial o profesional respectivo, de la naturaleza, alcance y finalidad del vínculo producto de la intención común que, valiéndose de tal medio, aquellos declararon en sus negociaciones previas.

En tal sentido, explica el laudo, la interpretación que se debe realizar de los contratos debe ser literal, pero no en un sentido gramatical, sino en su significación "comercial"[23]. Por ello, el panel indicó que en este asunto lo

22 Laudo arbitral, octubre 21/2004. Árbitros: María Cristina Morales de Barrios, Jorge Suescún Melo y Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

23 De esta manera, cita a Hinestrosa Forero, quien al referirse a los Principios de Unidroit señala

que se busca es "afrontar los problemas de la contratación internacional con criterios acordes con la mentalidad, actitudes y apremios de las gentes de hoy".

Así, agregó en su decisión que la redacción de los contratos debe obedecer principalmente a personas sensatas y de buena fe, de manera que al preparar la documentación del contrato el lenguaje que se emplea tenga alguna finalidad útil, antes que presumir un alarde inoficioso de terminología rebuscada, por cuanto estos serán los términos con los cuales habrán de obligarse a futuro.

4.4. 'COMPAÑÍA DE REMOLCADORES MARÍTIMOS S.A. COREMAR S.A. V. ROSALES S.A.'[24]

Los hechos que dieron lugar a esta controversia versaron sobre una discrepancia en un contrato en el que para una de las partes se trataba de una promesa y venta de un número de acciones, y para la otra tan solo era una cesión sometida a condición. Al no haberse cumplido, esta última, solicitó la resolución del contrato por incumplimiento.

El tribunal precisó en su laudo que las reglas de interpretación de los contratos del Código Civil no establecen como uno de los elementos a tener en cuenta los actos realizados en el período precontractual. Sin embargo, estos permiten indicar claramente cuál es la intención común de los contratantes. Por tal motivo, la determinación de tal intención se puede encontrar en las negociaciones realizadas, según lo disponen tanto el artículo 4(3) de los Principios de Unidroit como el artículo 7.º de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, que hace parte del ordenamiento interno en virtud de la Ley 518 de 1999.

que se trata "de la apertura, del comercio universal rápido, seguro, como corresponde a 50 años continuos de paz, a las ventajas de la iniciativa particular, al dogma de la libre empresa, en una palabra a la economía de mercado. Ambiente, actitud, modo de pensar y actuar favorecidos por el desarrollo científico y tecnológico del siglo que acorta las distancias, presente, propicio más al actuar que al pensar y, sin duda, a la estandarización ineludible, que hace difícil, costoso, inusitado lo singular": HINESTROSA FORERO, F. (1997). "Los Principios de Unidroit: una nueva lingua franca", en *Unidroit, Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, Ministerio de Justicia y del Derecho, Bogotá.

24 Laudo arbitral, noviembre 11/2005. Árbitros: GILBERTO PEÑA CASTRILLÓN, ALEJANDRO VENEGAS FRANCO y JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA.

4.5. 'SOCIEDAD COLOMBIANA DE CONSTRUCCIONES, SOCOCO S.A. V. CARBONES DEL CERREJÓN LLC (ANTES INTERNATIONAL COLOMBIA RESOURCES CORPORATION)'[25]

Entre las partes se celebró un contrato para remover material estéril de la mina del Cerrejón por un plazo de cinco años, con un período prorrogable de tres adicionales. La convocante solicitó la declaratoria de incumplimiento contractual de la demandada, por reducir sustancialmente las toneladas métricas de material removible, junto con los correspondientes perjuicios.

En su fallo, el tribunal de arbitraje señaló que el derecho contemporáneo colombiano no impide otorgarle a una de las partes la posibilidad de determinar el alcance de las obligaciones del contrato y, particularmente, la cantidad requerida del servicio, bien o prestación. Esto es permitido en diferentes ordenamientos jurídicos, como sucede con el Código de Comercio Uniforme de Estados Unidos, cuyo artículo 2-305 prevé esta posibilidad respecto del precio, lo cual debe hacerse de buena fe. Igual ocurre con el artículo 315 BGB (código civil alemán) que permite que una de las partes determine la prestación, lo cual debe hacerse con criterios razonables o equitativos.

La misma orientación es seguida por los Principios de Unidroit, cuyo artículo 5(7), sobre "Determinación del precio", se refiere al caso en que se convenga que una parte tiene la facultad de fijar el precio y, por ello, si se llegare a fijar uno manifiestamente irracional se debe sustituir por uno razonable.

En el derecho francés, la jurisprudencia tradicional había indicado que el precio no podía ser determinado por una parte. Sin embargo, la Corte de Casación en sendos fallos de 1995, al analizar las dificultades que esto presentaba en contratos de larga duración, cambió su jurisprudencia y sostuvo:

> ... salvo los casos en que la ley lo prohíbe (como sucede en la compraventa), cuando en un convenio se prevé la conclusión de contratos posteriores, la indeterminación del precio no afecta la validez del contrato pues el abuso en la fijación del precio solo da lugar a la recisión (esto es, terminación del contrato) o indemnización. De esta manera es claro que en un contrato de esta naturaleza puede convenirse que

25 Ibíd.

> el precio será el que fije uno de los contratantes, y en ese caso lo que procede es un control judicial si llegare a existir un abuso.

De esta manera, el tribunal consideró que salvo expresa prohibición legal, no es posible

> ... sostener actualmente que las facultades que un contrato conceda a una parte para precisar el objeto de la prestación sean, *per se*, ilegales, sobre todo cuando tal potestad tiene como propósito permitir que la ejecución del contrato corresponda a las circunstancias que se presenten y que se puedan satisfacer los intereses previstos al contratar. En estos casos lo que deberá determinarse es si la facultad que reconoce el contrato a uno de los contratantes se ejerció correctamente a la luz de la finalidad del mismo, teniendo en cuenta los intereses legítimos de ambas partes.

4.6. 'CONSTRUCCIONES C.F. LTDA. V. BANCO DE LA REPÚBLICA'[26]

En un contrato de mantenimiento de instalaciones, la convocante dijo no estar de acuerdo con el paz y salvo de liquidación del contrato, por cuanto incurrió en sobrecostos y perjuicios en desarrollo del mismo.

En su decisión, los árbitros indicaron que las normas que regulan lo no acordado por las partes en su contrato eran las correspondientes al contrato de confección de obra del Código Civil, en especial los artículos 2053 a 2062. Destacó, además, que existe un "deber de colaboración" entre los contratantes, emanado del principio de buena fe.

Tal deber se encuentra descrito por los Principios de Unidroit en estos términos:

> Un contrato no debe ser visto simplemente como el punto de encuentro de intereses contrapuestos, sino en cierta medida como un proyecto común en el que cada parte debe cooperar. Este enfoque se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la buena fe y lealtad negocial que inspira el derecho contractual, así como con la obligación de atenuar el daño en el supuesto de incumplimiento.

Por ello, los árbitros reiteraron lo mencionado por HINESTROSA FORERO:

26 Laudo arbitral, noviembre 30/2005. Árbitros: GILBERTO PEÑA CASTRILLÓN, JORGE CUBIDES CAMACHO y JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA.

> ... no es que el acreedor esté 'obligado' a la colaboración necesaria, pero sí la 'debe'. Un deber cuya manifestación primera y elemental consiste en una 'carga'. Si el acreedor lo 'transgrede', o mejor, si no ejecuta el 'acto necesario', su omisión lo priva de los efectos positivos inherentes a aquel, al propio tiempo que le acarrea consecuencias adversas: su pretensión para exigir del deudor la ejecución de la prestación queda paralizada, cuando no es que la pierde[27].

4.7. 'CONSORCIO ARABIA V. INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS (INVÍAS)'[28]

Respecto de un contrato de concesión para la construcción de una carretera, la entidad convocante solicitó de la demandada el pago de los gastos adicionales en los que incurrió en virtud de circunstancias que a su juicio eran imprevisibles, y que no se encontraban convenidas dentro de la licitación pública.

Al analizar los hechos de la demanda, el tribunal recordó que la revisión del contrato requiere "la sobreviniencia de hechos o circunstancias que alteran su equilibrio, ora porque la prestación de una de las partes se volvió excesivamente onerosa, comparada con la que pesa sobre la otra, ora porque el valor de la prestación de esta disminuyó. La balanza perdió su fiel en razón de hechos posteriores a la celebración del contrato".

Sin embargo, se preguntó: "¿cuál sería la ubicación del caso si se trata de hechos o circunstancias, presentes ya para cuando se celebró el contrato, pero que no fueron conocidos entonces por la parte afectada por ellos, que no vino a tener noticia suya sino posteriormente?". Al responder esta pregunta, los árbitros encontraron que no se trataba de un asunto que se debía someter a la teoría de la imprevisión sino que encajaba en la lesión, "comoquiera que esta consiste en el desequilibrio de raíz, coetáneo con la celebración del contrato, en tanto que aquella obedece al advenimiento de hechos posteriores".

No obstante, para llegar a esta conclusión trajo a colación el artículo 6(2)(2) de los Principios de Unidroit que establece, como requisito de la revisión por "excesiva onerosidad" debida,

27 HINESTROSA FORERO, ob. cit.
28 Laudo arbitral, septiembre 1.°/2008. Árbitros: LUIS MANUEL ESCOBAR MEDINA, SAÚL SOTOMONTE SOTOMONTE y ROBERTO NÚÑEZ.

> ... la sobreviniencia de sucesos que alteran fundamentalmente el equilibrio contractual, que "(a) dichos sucesos ocurran o sean conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato", con una equiparación en cuanto se refiere a relevancia de ellos, entre su producción y su conocimiento posteriores a la celebración del contrato. Con la sola explicación de que "si ya conocía los hechos al celebrar el contrato, dicha parte habría podido tomar las medidas oportunas, por lo que no podría invocar la excesiva onerosidad (*hardship*)".

4.8. 'JAIRO GÓMEZ RUEDA V. PRODAÍN S.A.'[29]

Entre las partes se suscribió un contrato de suministro de estación de servicio del cual se demandó la terminación del contrato por el incumplimiento de las obligaciones convenidas de la convocada. Esta última manifestó que su falta de pago de la prestación debida obedeció a una medida cautelar en su contra, la cual, a su juicio, presentaba irregularidades. Por ello consideró no incumplido el contrato, sino que por el contrario, reconvino al convocante para que pagara las sumas no canceladas por el combustible que no adquirió durante el tiempo en que sucedieron los hechos.

Dentro de sus consideraciones, el tribunal indicó que la terminación del contrato encontraba en el artículo 7(3)(1) de los Principios de Unidroit la siguiente regla: "Una parte podrá dar por terminado el contrato si la falta de la otra parte al cumplir una de las obligaciones contractuales constituye un incumplimiento esencial".

A renglón seguido se señalan los criterios que se han de tener en la cuenta para efectos de determinar si la falta de cumplimiento de una obligación es de tal naturaleza:

> (a) El incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado; (b) el incumplimiento estricto de la obligación insatisfecha era esencial dentro del contrato; (c) El incumplimiento fue intencional o temerario; (d) El incumplimiento le otorga a la parte perjudicada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento futuro de la otra; (e) La terminación del contrato hará sufrir a la parte que no cumple una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento.

29 Laudo arbitral, junio 11/2008. Árbitros: Ernesto Rengifo García, Eugenia Barraquel Sourdís y Juan Caro Nieto.

En este laudo, los árbitros señalaron que resulta totalmente claro que el incumplimiento grave de una obligación esencial es causa suficiente para lograr la terminación del contrato.

4.9. 'ECOPETROL S.A. V. HUPECOL CARACARA LLC Y CEPSA COLOMBIA S.A. (CEPCOLSA)'[30]

La controversia que dio lugar a este laudo tuvo su origen en la reclamación que hiciera la convocante con ocasión del contrato de asociación Caracara, cuyo objeto era la exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad nacional en el área detallada en él. Para ello, se repartirían entre sí los costos y riesgos de los mismos en las proporciones y términos previstos en el contrato, siendo propietarios de los bidrocarburos producidos en las proporciones estipuladas en el convenio.

Por tal motivo, la demandante consideraba que su contraparte ya había obtenido el reembolso al que tenía derecho en la etapa precomercial equivalente al 30% de los costos directos de exploración y, por consiguiente, a partir de ese momento la producción proveniente de las pruebas extensas se ha debido distribuir entre las partes en la proporción del 30% para ella y el 70% para la demandada –Hupecol o Cepcolsa, por efecto de la cesión contractual correspondiente–, con lo cual esta última le adeudaría más de 140 mil barriles de crudo. La convocada, por su parte, señaló que si bien obtuvo el reembolso al que tenía derecho, este se alcanzó en una fecha muy posterior y, por consiguiente, solo le adeudaría a la primera algo más de 16 mil barriles de crudo.

En su decisión, los árbitros encontraron en los artículos 4(1) y 4(2) de los Principios de Unidroit reglas que correspondían al conjunto de los ordenamientos y que, por ende, eran aplicables a este caso en particular. En cuanto a la primera de estas disposiciones, el tribunal recordó que el contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes, y que si tal intención no puede establecerse, el contrato se interpretará conforme al significado que le habrían dado en circunstancias similares personas razonables de la misma condición que las partes.

30 Laudo arbitral, junio 18/2009. Árbitros: Adelaida Ángel Zea, Humberto de la Calle Lombana y Juan Pablo Mejía.

Frente al segundo, relacionado con la interpretación de declaraciones y otros actos, la preceptiva establece que estas se interpretarán conforme a la intención de la parte, siempre que la otra la haya conocido o no la haya podido ignorar. Si esto no es aplicable, tales declaraciones y actos deberán interpretarse conforme al significado que le hubiera atribuido en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición que la otra parte.

Para los árbitros estas dos disposiciones coinciden con lo indicado en el derecho colombiano, donde se consagra que el contrato se debe interpretar conforme a la intención común de las partes y, al mismo tiempo, precisaron que si tal intención no se puede establecer, las declaraciones deben interpretarse conforme al significado que una persona razonable hubiera atribuido a la declaración. Esto se traduce en que, en materia de textos escritos, se les atribuye a los mismos el significado que corresponde a su contenido, sin perjuicio de que se acuda a criterios adicionales para despejar cualquier duda o ambigüedad.

Igualmente, resaltaron: "el legislador establece una serie de criterios en materia de interpretación de la ley, entre los cuales existen algunos cuyo contenido es claramente subjetivo, en la medida en que lo que persiguen es establecer la intención de las partes. En tanto que existen otros que la doctrina califica de objetivos, por cuanto ellos no tienen por propósito simplemente establecer la voluntad de las partes, sino determinar el contenido del contrato a través de otras reglas".

5. APLICACIÓN DE LOS 'PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO' POR TRIBUNALES ARBITRALES COLOMBIANOS. 'NCT ENERGY GROUP C.A. V. ALANGE CORP.'[31]

Este laudo fue proferido con fundamento en un contrato en el que las partes se comprometieron a fijar las bases y acordar los términos para que las dos sociedades concretaran las negociaciones para la posible adquisición en conjunto de una participación en el Contrato del Bloque Cubiro, ubicado

31 Laudo arbitral, octubre 12/2012. Árbitros: LUIS SALOMÓN HELO KATAH, CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO y LUIS HERNANDO PARRA NIETO.

en el departamento de Casanare, el cual fuera otorgado por la Agencia Nacional de Hidrocarburos a la sociedad Montecz. Sin embargo, la convocada decidió adquirirla por su cuenta propia sin contar con la demandante, razón por la cual esta reclamó su responsabilidad por incumplimiento, al dejarla por fuera de la negociación, ocasionándole múltiples perjuicios.

Uno de los considerandos de la decisión del tribunal se basó en el análisis conceptual de los principios que rigen la interpretación del contrato, pues en la determinación del sentido de una cláusula o, en general, de un acuerdo, es preciso considerar los dictados de la razonabilidad. Esto en el entendido de que no se pueden auspiciar interpretaciones manifiestamente improcedentes, absurdas o contrarias a la lógica ordinaria de un hombre normal, razonable y sensato.

"Ello explica que se hayan acuñado criterios como el de la razonabilidad en comentario (*reasonable man*), para significar que, en la hermenéutica de una estipulación en particular, es preciso considerar la lectura 'que normalmente le daría toda persona razonable de igual condición que las partes, en caso de encontrarse en idénticas circunstancias'", lo que se encuentra contenido en el artículo 5(101) de los *Principios de Derecho Europeo de los Contratos*. A juicio del panel, para clarificar el contenido del contrato, este criterio acude al entendimiento que se le habría dado por parte de una persona razonable que analice la cuestión. Es decir, el tribunal señaló que de lo que se trata es de abordar el texto contractual y analizarlo a partir de la consabida razonabilidad, esto es, según el significado o alcance que una persona razonable, en análogas o similares circunstancias, le atribuiría.

Por ello, agregó el laudo, el punto de partida de este criterio de apoyo hermenéutico es lo razonable o la sensatez, frente a lo cual existen distintos modelos o metodologías de análisis. Como ejemplo de lo anterior, citó el artículo 1(302) de los *Principios de Derecho Europeo de los Contratos* de conformidad con el cual: "Para los presentes principios, lo que se entienda por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal. En especial, para determinar aquello que sea razonable, habrá de tenerse en cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiera".

6. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La Sala Civil del máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria colombiana ha tenido la oportunidad de aplicar los postulados contenidos en los Principios de Unidroit en tres ocasiones, de la mano de William Namén Vargas, quien fuera magistrado ponente de las decisiones, las cuales se presentan a continuación.

6.1. NUEVA 'LEX MERCATORIA' – 'MÓNICA MATARIJA Y OTROS V. GRANAHORRAR Y RAFAEL NAVARRO'[32]

En su demanda, la actora solicitó declarar la nulidad absoluta de un contrato de hipoteca abierta de primer grado celebrado entre los demandados, dada la constitución de la misma por el señor Navarro sin conocimiento ni consentimiento de su cónyuge. Esto por cuanto al momento de su otorgamiento el notario omitió la indagación prevista en el artículo 6.° de la Ley 258 de 1996 respecto de la existencia del matrimonio y la sociedad conyugal. Este precepto se encontraba vigente al momento de adquirir el predio, cuyo contrato fue suscrito el día anterior al de la celebración de la hipoteca.

La importancia de este fallo radica en que en él se recuerda que existe una constante mutación evolutiva del comercio. Por tal motivo, la decisión enumera los diferentes aspectos que regulan esta disciplina y que en tal medida han tendido a modificar el derecho comercial de finales del siglo XX y principios del XXI, a pesar de no profundizar en el contenido de la nueva *Lex Mercatoria*. Así, se refiere a aspectos como:

> ... el auge de la empresa, industria, banca, tecnología, comunicaciones, información, trasmisión, intercambio, negociación (*e-business*, *e-commerce*), la 'deslegislación' 'jurificación', 'descodificación', la expedición de regímenes sectoriales, específicos, normas de ocasión o expansión impulsiva legislativa, el rol del régimen político y económico que a más de alimentar la dirección de la economía a escala mundial con la liberación del mercado, propugna la extensión y propagación del humanismo típico (el fenómeno de moda, la 'mística del mercado'), el derecho del consumo y la protección del consumidor, la responsabilidad del productor, el ejercicio de posición dominante, el control de las desigualdades e inequidades, la internacionalización del

32 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Exp. 2001-00803-01, julio 1.°/2008, M.P.: William Namén Vargas.

> derecho mercantil, la *Lex Mercatoria*, los principios para los contratos del comercio internacional, los contratos del comercio electrónico, los contratos del derecho contractual europeo y las soluciones del *common law*, comportan la relatividad conceptual y la adaptación de la mercantilidad y del contrato a la dinámica del tráfico jurídico, las más de las veces con pretensiones de especificidad, autonomía y singularidad[33].

6.2. NUEVA 'LEX MERCATORIA' – 'COMPAÑÍA TRANSPORTADORA S.A. V. SURAMERICANA DE SEGUROS S.A.'[34]

En este asunto, la Corte Suprema conoció de un cobro efectuado por una aseguradora que se subrogó en los derechos de su asegurado respecto de una reclamación por la pérdida de una mercancía que fuera objeto de un contrato de transporte marítimo.

Al revisar la demanda, el alto tribunal advirtió que una de las razones que motivaron la censura era la inaplicación del artículo 1644 C.Co. a este asunto, a pesar de que en su formación se trataba de un contrato que tenía un componente internacional importante. La norma mencionada permite pactar un límite a la responsabilidad del transportador, cuando falte la declaración sobre el valor de las mercancías[35]. En sus consideraciones la Sala explicó que si bien es posible limitar la responsabilidad a través de cláusulas convencionales, no es posible que un contratante se exonere plenamente de ella.

33 Y agrega: "La tendencia unificadora universal actual es más precisa, según evidencian el '*Contract Code de McGregor, Contract Code: Drawn up on behalf of the English Law Commission*', Londres, 1994; el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (*Common European Code of Private Law*, 30 de octubre de 1995 y 24 de marzo de 1997); *The Principles of European Contract Law* (julio de 1998); los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de Unidroit (Roma, 1994), '*Lex Mercatoria*', Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (UNCITRAL, 11 de abril de 1980)".

34 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Exp. 11001-3103-026-2000-04366-01, agosto 1.°/2011, M.P.: William Namén Vargas.

35 Señala la mencionada disposición: "Cuando en la declaración inserta en el conocimiento no haya determinado el cargador el valor de las mercaderías pero sí su naturaleza, y el transportador, su agente marítimo o el capitán del buque no hubieren formulado la oportuna reserva sobre dicha declaración, se atendrá el transportador para la indemnización al precio de dichas mercaderías en el puerto de embarque. Pero en este caso podrá pactar un límite máximo a su responsabilidad.
"Si la pérdida se debe a dolo o culpa grave del transportador o del capitán, la responsabilidad será por el valor real de la cosa, sin limitación.
"Además, para los efectos del presente artículo y del anterior, el transportador deberá indemnizar al cargador los demás gastos en que éste haya incurrido por razón del transporte".

Al analizar la nueva *Lex Mercatoria* y el derecho comparado encontró que, en efecto, se puede glarantizar una indemnización mínima a los sujetos afectados en caso de pérdida de mercancías, evitando abusos. Además, la Corte precisó que las distintas legislaciones regulan la libertad de las partes para limitar su responsabilidad, con argumentos de distinto tipo, advirtiendo:

> En ocasiones, para preservar el orden público político, económico o social de la Nación o el internacional consagrado en normas jurídicas imperativas. A veces, evitando que alguno de los contratantes, actuando con dolo o culpa grave, se beneficie del régimen convencional de responsabilidad. En otros casos, la regulación se concibe en procura de la protección del consumo y los consumidores, o de la parte débil del contrato o, de la sanción al abuso de la posición dominante contractual o, del aprovechamiento indebido de las condiciones de debilidad o inferioridad concreta de un sujeto. En fin, en muchas ocasiones las cortes han restringido la posibilidad de celebrar estos pactos, en aplicación de principios generales del derecho, como la buena fe, o la prohibición del abuso del derecho o de la posición dominante.

Así mismo, el alto tribunal hizo referencia en su decisión a la nueva *Lex Mercatoria*, precisando que en el derecho comercial internacional existe un interés por reglamentar las condiciones en que las partes pueden acordar el régimen de responsabilidad contractual. Así, citó el artículo 7(1)(6) de los Principios Unidroit 2010, de conformidad con el cual la parte no puede invocar la cláusula de limitación o exoneración en caso de incumplimiento de una obligación o si permite una prestación sustancialmente diferente de aquella que razonablemente debe atender la otra parte, o si su ejecución resulta manifiestamente inequitativa.

En lo relacionado con el contrato de transporte marítimo de mercaderías, la Corte señaló que el tema ha sido regulado por los distintos convenios de las Naciones Unidas en esta materia:

> Tanto las "*Reglas de Hamburgo*" de 31 de marzo de 1978 (artículo 6) como las "*Reglas de Rotterdam*" de 11 de diciembre de 2008 (artículos 59 a 61) contienen previsiones sobre la posibilidad de limitar la responsabilidad por incumplimiento contractual. Ambos instrumentos disciplinan limitaciones a la responsabilidad del transportador, de acuerdo con el número de unidades de carga transportadas o a su peso, pero difieren en las facultades de las partes para modificar dichas reglas. La Convención de Hamburgo de 1978 permite a las partes un régimen de responsabilidad menor al que allí se dispone; las Reglas de Rotterdam de 2008 son incluso más severas con el transportador a este respecto, y sólo autorizan pactar límites por encima de lo allí consignado. Asimismo, esta convención excluye las cláusulas limitativas de la responsabilidad por incumplimiento a causa del dolo o la culpa del transportador o de su personal.

En definitiva, advirtió la corporación, el artículo 1644 C.Co. no puede aplicarse en forma tal que equivalga al reconocimiento de una potestad absoluta a las partes, pues tal facultad está sujeta a límites:

> ... en ocasiones por la naturaleza misma de la obligación, y las más de las veces, por normas imperativas, contra las cuales no es posible estipular: '*ius publicum privatorum pactis mutari non potest*' (D. 2.14.38, artículo 16 del Código Civil), *verbi gratia*, cuando comporta trasgresión del orden público, las buenas costumbres o exonera de todo el deber de prestación o, lo deja en términos tan irrisorios, inequivalentes o desequilibrados o, implica condonación del dolo o de la culpa grave, abuso de posición dominante contractual o de las condiciones de debilidad de una parte, o una estipulación negocial abusiva.

6.3. NUEVA 'LEX MERCATORIA' – 'RAFAEL ALBERTO MARTÍNEZ LUNA Y MARÍA MERCEDES BERNAL CANCINO V. GRANBANCO S.A.'[36]

En este caso, la Corte hizo referencia a la nueva *Lex Mercatoria* entendiendo que se trata de un instrumento útil para apreciar la orientación moderna, pues refleja los usos, prácticas o costumbres, los principios generales del derecho, la experiencia del foro en las relaciones jurídicas contractuales u obligatorias internacionales y el interés de los Estados en la armonía y uniformidad del derecho en atención a la globalización de la economía y el mercado. Esto lo realiza a través de organismos internacionales, públicos o privados, como la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o Uncitral) y el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit).

Para la corporación, este sistema regula la economía de mercado contemporánea,

> ... caracterizada por la producción, distribución, circulación y el consumo masivo, la globalización, expansión e integración mundial, avances del desarrollo científico, técnico y tecnológico, aprovechamiento de la cibernética, electrónica, informática,

---

36 Corte Suprema de Justicia, Sala. Civil, Exp. 11001-3103-040-2006-00537-01, noviembre 22/2011, M.P.: William Namén Vargas.

telecomunicación digital o satelital, la competencia y negociación a gran escala, expedita, sin barreras geográficas ni temporales, más allá de los esquemas normativos tradicionales, en progresiva propensión mundial a la armonía, unificación o uniformidad de las reglas aplicables.

La decisión del alto tribunal se basó en un contrato de mutuo en el que los intereses se encontraban atados a la unidad de medida UPAC, con lo que se generó un desequilibrio contractual. Luego de analizar la teoría de la imprevisión en múltiples sistemas jurídicos, la corporación aterrizó en la nueva *Lex Mercatoria*, desde tres perspectivas: la Convención de las Naciones Unidas para los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, los Principios de Unidroit y los *Principios de Derecho Europeo de los Contratos*.

Respecto de la Convención, la Corte señaló que si bien no contiene disposiciones relacionadas con la previsión,

> ... en el artículo 79 prevé la exoneración de responsabilidad por incumplimiento de la obligación, probando "que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias", y en cualquier caso, la *Lex Mercatoria* propugna por las cláusulas (*hardship*) o la revisión del contrato.

En cuanto a los Principios de Unidroit, la Sala indicó que desde su primera versión contienen directrices precisas sobre la fuerza obligatoria del contrato, la "excesiva onerosidad" (*hardship*) y la adaptación. En tal medida, estos postulados acentúan la permanencia y deber de cumplir el contrato, así llegue "a ser más oneroso para una de las partes" (art. 6(2)(1), versión 2010). Igualmente, definen la excesiva onerosidad como la alteración fundamental del equilibrio del contrato,

> ... por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y: (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato; (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato; (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja (art. 6(2)(3)).

Igualmente, señaló que en sus efectos los Principios "prevén el derecho de la parte afectada a reclamar su renegociación 'sin demora injustificada', pero no la facultan 'para suspender el cumplimiento', y de no obtenerse acuerdo en 'tiempo prudencial', cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal, quien podrá 'siempre que lo considere razonable', resolver o 'adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio (art. 6(2)(3))".

Por último, la corporación recordó que el artículo 6(111) de los Principios Lando –cambio de circunstancias– propende por el cumplimiento de las obligaciones "aun cuando su ejecución se haya hecho más onerosa". En tal medida, las partes tienen el deber de entablar conversaciones para modificar o disolver el contrato y si no lo hacen en término razonable el juez podrá terminarlo o modificarlo "de modo de distribuir de manera justa y equitativa las pérdidas o ganancias derivadas del cambio". Así, se encuentra facultado para condenar a la reparación de daños "por la pérdida ocasionada con el rechazo de una de las partes a adelantar negociaciones o por la ruptura de éstas en forma contraria a la buena fe y a la corrección".

Igualmente, la Sala señaló que esta preceptiva "prevé la 'renegociación del contrato' por 'acontecimientos extraordinarios e imprevisibles', y de no lograrse el acuerdo, la parte legitimada debe plantear su pretensión al juez, quien 'tras evaluar las circunstancias y teniendo en cuenta los intereses y solicitudes de las partes, puede, recurriendo eventualmente a una experticia, modificar o resiliar el contrato en su totalidad o en la parte no ejecutada aún (art. 157)".

7. RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT COMO LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS: LA NUEVA 'LEX MERCATORIA' COMO FUENTE DEL DERECHO COMERCIAL COLOMBIANO

Luego de precisar los términos en que la jurisprudencia nacional y los laudos arbitrales en su conjunto se han referido a la nueva *Lex Mercatoria* se debe hacer énfasis y resaltar lo dicho por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia proferida el 22 de noviembre de 2011. Este fallo se ha convertido en una de las decisiones más importantes de entre las pronunciadas por esa corporación de justicia durante las últimas décadas.

Al referirse a los Principios de Unidroit, el alto tribunal indicó: "simbolizan el esfuerzo significativo de las naciones para armonizar y unificar disímiles culturas jurídicas, patentizan la aproximación al uniforme entendi-

miento contemporáneo de las relaciones jurídicas contractuales, superan las incertidumbres sobre la ley aplicable al contrato, los conflictos, antinomias, incoherencias, insuficiencia, ambigüedad u oscuridad de las normas locales al respecto".

Fue así como, en una afirmación sin precedentes, señaló: "Indispensable aclarar que *las partes pueden regular el contrato mercantil internacional por sus reglas* [los Principios de Unidroit], *en cuyo caso, aplican de preferencia a la ley nacional no imperativa, y el juzgador en su discreta labor hermenéutica de la ley o del acto dispositivo, podrá remitirse a ellos para interpretar e integrar instrumentos internacionales y preceptos legales internos*" (resaltado fuera del texto).

Como se aprecia, este fallo abriría la puerta para que las partes en un contrato celebrado en Colombia, incluso sin necesidad de contar con ninguna clase de elemento internacional, lo sometan a la ley que ellas precisen, dentro de lo cual se encuentra la nueva *Lex Mercatoria* y, en ella, disposiciones como los Principios de Unidroit. Esto, no obstante, salvaguardando el orden público jurídico y, en general, todas las normas imperativas aplicables en el ordenamiento.

La importancia del tema es tal que esta posición representa un viraje de 180 grados en la interpretación que la doctrina ha dado al artículo 869 C.Co. Esta disposición consagra: "La ejecución de los contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en el país, se regirá por la ley colombiana". En efecto, hasta ahora la norma debía ser leída en el entendido de que la ley local se aplica a la ejecución de los contratos cumplideros en territorio colombiano[37].

Narváez García, por ejemplo, indica frente a esta disposición que respecto de asuntos como el pago, la mora, las acciones del acreedor para obtener el cumplimiento del contrato y las que se deriven de su cumplimiento, la ley colombiana prevalece sobre las estipulaciones contractuales si estas las contrarían. A juicio del autor, tanto este artículo como el 1328 ibídem, que señala que el contrato de agencia realizado en Colombia se rige por la ley colombiana y que cualquier estipulación en contra resulta ineficaz, son imperativos y hacen referencia a la etapa de ejecución o cumplimiento de las prestaciones que emanan del contrato[38].

37 Ospina Fernández, G. & Ospina Acosta, E. (1998). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 5.ª ed., Temis, Bogotá, p. 172.

38 "En efecto: el 869 parte del supuesto de que el contrato se ha celebrado fuera de Colombia; y

Por ello, la nueva lectura que trae consigo la afirmación de la Corte Suprema hace que las partes en su contrato dispongan de toda su autonomía de la voluntad para establecer cuál será la ley aplicable que lo regirá. Esta posición es asumida igualmente por Zapata de Arbeláez, para quien la legislación mercantil colombiana es netamente dispositiva, al igual que la regla de conflicto que lo regula. "En otras palabras, la materia contractual, al ser gobernada por la autonomía de la voluntad, lleva a que la regla de conflicto pertinente, a saber, el *locus regit actum*, se considere también de carácter dispositivo"[39].

Como se aprecia, el fallo tiene una dimensión hasta hace tiempo completamente insospechada. La posibilidad de aplicar instrumentos de *soft law* hace que Colombia se integre jurídicamente con la *societas mercatorum* global, con lo cual los operadores del mercado en todas sus perspectivas podrán acercarse cada vez más a la anhelada seguridad jurídica, según lo señala Rodríguez Fernández. Esta, a juicio del doctrinante, "se obtiene a través de la incorporación y aplicación de estos valiosos instrumentos. Su aplicación nos permitirá cerrar la brecha de desigualdad que se origina en contexto de la globalización por la ya creciente tendencia a la utilización de figuras, conceptos e instrumentos propios de otros sistemas jurídicos (del *common law*, por ejemplo)"[40].

Otro aspecto de suma importancia es la posibilidad que se abre para el juzgador de remitirse a los Principios de Unidroit para interpretar e integrar instrumentos internacionales y preceptos legales internos. Esto, según Zapata de Arbeláez,

> ... resulta, al fin y al cabo, en un ejercicio de derecho comparado sin el cual es imposible el reconocimiento de los principios generales del derecho, como aquellos

el 1328 hace abstracción del lugar donde se haya celebrado, pues eventualmente puede ser en el país o en el exterior. Pero en ninguno de los dos se toman en cuenta las partes vinculadas, el lugar donde se acordaron las bases del contrato, el de su celebración, la forma adoptada, ni el sitio donde se perfeccionó. De manera que cualquiera sea la ley que rija estas etapas, la regla de carácter imperativo consiste en que como las prestaciones que del contrato se derivan se cumplen en el territorio nacional, impera la ley colombiana, conforme al principio de derecho internacional privado *lex loci executionis*": Narváez García, J. I. (2012). *Derecho mercantil colombiano. Obligaciones y contratos mercantiles*, vol. v, 2.ª ed., Legis, Bogotá, p. 150.

39 Zapata de Arbeláez, A. (2012). "Los instrumentos del derecho internacional como puntales para interpretar normas internas". *Ámbito Jurídico*, n.° 359, Legis, Bogotá, p. 21.

40 Rodríguez Fernández, M. (2012). "Comentario", *Ámbito Jurídico*, n.° 359, Legis, Bogotá, p. 21.

> incorporados en las legislaciones del mundo, y es el primer paso para la identificación y la postulación, no ya de principios comunes a las diferentes legislaciones, sino de principios de estirpe verdaderamente internacional, es decir, de ideales que expresan lo que es justo y conveniente para la humanidad como un todo[41].

Lastimosamente, no todo puede ser perfecto en la aplicación de esta jurisprudencia. Si bien es cierto que la afirmación de la Corte Suprema fue directa en cuanto a que los Principios de Unidroit constituyen ley aplicable a los contratos celebrados en Colombia, se debe recalcar que tal postura no es clara respecto de su valor como precedente. En tal sentido, no resulta evidente si se trata de *obiter dicta* o de *ratio decidendi*, pues del fallo no es factible precisarlo. Por ello, la inestabilidad de esta postura, aunado a que se trata de una afirmación que se incluyó dentro de múltiples consideraciones sin darle la importancia que esta merecía en la construcción de la decisión, hace que se trate de una frase que podría pasar incluso desapercibida. Esto sin dejar de lado la posibilidad de que esta posición de la Corte Suprema sea posteriormente modificada por otro fallo, dado que esta es la única decisión proferida en esta materia.

No obstante, esta jurisprudencia se convierte en un punto de partida para la modernización de la regulación de los contratos en Colombia, fundamentada principalmente en los principios del derecho romano y el Código Civil francés, pero que en ciertos aspectos van en contravía de la realidad actual del comercio, caracterizada por la globalización y armonización de los sistemas legales actuales, y con lo cual se facilita el intercambio entre sujetos ubicados en todas partes del mundo. A través del derecho de los negocios internacionales los principios generales del derecho adquieren una nueva connotación, dado que "podrán sus postulados transitar del mundo de las reglas económicas al de las jurídicas y, por ende, volverse vinculantes"[42].

En definitiva, esta decisión permitirá un universo nuevo de posibilidades jurídicas de creación y evolución contractual, en la medida en que la nueva *Lex Mercatoria* se convierte en fuente y origen del derecho comercial colombiano. Las partes en sus contratos y el juez en su labor de integración e interpretación tienen en ella el punto de partida para consolidar jurídicamente el sistema, trayendo en la construcción jurídica un sinnúmero de

41 Zapata de Arbeláez, ob. cit., p. 21.
42 Ibíd.

soluciones a los problemas que todos los días se encuentran en el comercio globalizado.

COLOFÓN

Como ha quedado visto, el derecho colombiano no ha sido ajeno al momento histórico actual en el que el comercio transnacional ha diseñado y puesto en vigencia disposiciones propias que lo regulan. Sin embargo, se trata de un ingreso tímido que no está conforme con la realidad negocial que se requiere para facilitar las operaciones mercantiles. Por ello se precisa de voluntad política para que las instituciones realmente se adecuen al entorno internacional, y si bien desde lo jurídico se ha venido logrando a través de las decisiones de los jueces y árbitros en la materia, de todas formas hace falta un ingrediente que permita favorecer el entorno en el que se moverá el comercio transfronterizo colombiano.

Una de estas medidas podría encontrarse en la adopción de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales[43]. Este instrumento dispone que los principios del derecho comercial internacional reconocidos por las organizaciones internacionales deban ser considerados como la normativa aplicable a los contratos. Estas referencias incluyen los Principios de Unidroit, según quedó indicado en las sesiones de la Conferencia que aprobó la Convención[44].

Una opinión divergente al respecto es la de Calvo Caravaca y Carrascosa González, quienes afirman que la expresión "derecho aplicable" solamente se refiere a la ley de un Estado, razón por la cual no hay espacio para la nueva *Lex Mercatoria* como "Ley del contrato elegida por las partes". Por ello, a su juicio, cabe aventurar que los principios del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales pueden operar

43 Esta normativa fue aprobada durante la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, realizada el 17 de marzo de 1994 en México y la cual entrara en vigor el 15 de diciembre de 1996; disponible en: www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-56.html, consulta realizada el 22 de septiembre de 2013.

44 Organización de los Estados Americanos, "Report of the Rapporteur of Committee One Regarding the Law Applicable to International Contracts, Ser. K/XXI.5-CIDIP-V/doc.32/94rev.2, 18 de marzo de 1994, p. 11. Además, López Rodríguez, A.M. (2003). "Harmonization of contract law in the EU and Lex Mercatoria", en Espiau Espiau, S. & Vaquer Aloy, A. (2003). *Bases de un Derecho Contractual Europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 611.

como complemento de la voluntad de las partes, o con carácter aclaratorio o integrativo del contenido del contrato. Pero nada más. En suma, no parece arriesgado afirmar que la Convención no acepta, en ningún caso, un "contrato sin ley", exclusivamente regido por la "nueva *Lex Mercatoria*"[45]. Sin embargo, esta posición es obtusa y sesgada, pues no solamente desconoce la realidad del espíritu del texto legal convenido sino que también confunde las expresiones 'ley' y 'derecho', las cuales en la realidad contemporánea del siglo XXI son eminentemente distintas.

Otro camino sería modificar las normas del primer capítulo del Código de Comercio, incluyendo dentro de las mismas al derecho comercial internacional y haciendo referencia a los postulados de la nueva *Lex Mercatoria*, que han quedado indicados en las líneas precedentes. Quizá sea posible seguir el ejemplo uruguayo en la materia, país que intentó hace unos años poner en vigencia una nueva ley de derecho internacional privado, pero que lastimosamente no recibió trámite completo y fue archivada[46].

El artículo 51 del proyecto de ley establecía la posibilidad de aplicación, junto a la *lex contractus*, de los usos y principios del derecho contractual internacional de general aceptación o recogidos por organismos internacionales de los que Uruguay forme parte. A juicio de Bonell, no cabe duda de que la mención expresa de estos instrumentos normativos de *soft law*, en tanto que fuente del derecho de los contratos comerciales internacionales (art. 13), confiere al proyecto de ley en cuestión un carácter moderno y fuertemente innovador[47].

45 Calvo-Caravaca, A.L. & Carrascosa González, J. (2009). "Los contratos internacionales y el mito de la 'Nueva Lex Mercatoria'", en Zapata de Arbeláez, A. (2009). *Derecho Internacional de los Negocios. Alcances*, t. III, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 89 y 90.

46 La buena noticia es que el Gobierno uruguayo revisó el proyecto y de nuevo envió la iniciativa para someterla a conocimiento del Congreso. Cfr. "Almagro afirmó que el país necesita sistematizar normas del derecho internacional privado", 23 de septiembre del 2013, disponible en: www.presidencia.gub.uy/comunicacion/comunicacionnoticias/almagro-proyecto-ley-derecho-internacional-privado, consulta realizada el 23 de septiembre de 2013.

47 "El pronóstico al cual se hace referencia en el título de este epígrafe es que el ejemplo del pequeño Uruguay pueda hacer escuela y ser tomado como modelo también en otros lugares": Bonell, M.J. (2010). "El Reglamento CE 593/2008 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales", en Basedow, J.; Fernández Arroyo, D.P. & Moreno Rodríguez, J.A., *Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional*, La Ley, Cedep y Thomson Reuters, Asunción, pp. 217 y 218. Cfr., además, en la misma obra, Opperti Badán, D. & Fresnedo de Aguirre, C. "El derecho comercial internacional en el Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado del Uruguay – Una primera aproximación", pp. 385-411.

CONCLUSIONES

Durante las últimas décadas, el mundo ha sido testigo del surgimiento de un sistema jurídico nacido por fuera del ámbito estatal, que ha evolucionado y se ha fortalecido a través de los contratos celebrados por los comerciantes y que recibe toda su autoridad tanto de la creencia común de que su utilización es suficiente para regular los negocios transfronterizos, como de las decisiones arbitrales que lo aplican en controversias comerciales internacionales.

A pesar de sus virtudes, la nueva *Lex Mercatoria* ha sido resistida por importantes doctrinantes y académicos del mundo, cuyas críticas son fundamentadas principalmente en la falta del elemento democrático característico de cualquier tipo de texto legal. El hecho de que no concurra en su formación un Parlamento representativo de la comunidad, sino que sean los árbitros y los expertos de los organismos internacionales quienes la decantan y la compilan, hace que pierda ese encanto propio y magnificente de la ley.

No obstante, se debe recordar que el derecho contemporáneo tampoco surgió como resultado del trabajo de un Congreso, sino de la actividad de los monjes medievales, que con su contemplación al derecho romano, creado principalmente por los pretores a partir de la observación de su realidad y entorno, les permitieron a los glosadores y posglosadores determinar los principios que posteriormente los juristas compilarían y convertirían en leyes expedidas por el soberano.

En el caso del derecho mercantil la cuestión incluso va más lejos, por cuanto el origen de la *Lex Mercatoria* se dio en el propio comercio, pues los comerciantes crearon sus propias reglas, las cuales eran obligatorias tanto para ellos como para quienes no tuvieran su estatus. Adicionalmente, los tribunales de justicia eran conformados por los maestros, cuya autoridad era totalmente reconocida y respetada. Por ello, sus decisiones tenían como característica la de ser plenamente obligatorias para aquellos a quienes estaban dirigidas, es decir, constituían la solución de controversias entre comerciantes, y entre comerciantes y quienes no lo eran.

Esos principios, que así mismo quedaron compilados por expertos juristas de la época, también fueron recogidos como normas que con posterioridad se convirtieron en cuerpos legales. Lastimosamente, para ese momento de la historia, tales normas dejaron de ser globales y se interiorizaron para ser cumplidas de manera exclusiva al interior de las fronteras.

Como se aprecia, el derecho no necesariamente surge de la ley. En el caso de la nueva *Lex Mercatoria*, su decantamiento y armonización se da a partir de los contratos de los comerciantes, las decisiones arbitrales internacionales y la labor de expertos académicos de todo el mundo, pertenecientes a diversos sistemas jurídicos, cuyo trabajo en los diferentes organismos internacionales le imprime no solamente autoridad sino validez y eficacia para regular todo tipo de situaciones y controversias entre partes establecidas en cualquier rincón del planeta.

Lo realmente interesante de este fenómeno es verificar cómo los Estados soberanos se han mantenido al margen en este proceso de creación normativa, dejando la labor de creación de la nueva *Lex Mercatoria* por fuera de su ámbito. En tales procesos solamente entran en juego cuando tales instrumentos aparecen ya consolidados como cuerpos normativos internacionales, momento en el que son recogidos en los diferentes ordenamientos jurídicos, con lo cual adquieren vigencia desde el punto de vista legal, descendiendo de la órbita transfronteriza a la esfera del derecho nacional.

La cuestión radica en que el ordenamiento transnacional uniforme no encuentra cabida en el esquema de fuentes tradicional, establecido por décadas en los diferentes códigos civiles y de comercio, lo que hace reforzar las críticas de sus detractores. En Colombia, por ejemplo, la nueva *Lex Mercatoria* podría encontrarse ubicada dentro del esquema de fuentes del Código de Comercio como parte de la costumbre internacional.

Debe recordarse que en la mencionada jerarquía esta se constituye como fuente auxiliar, lo que la deja muy por debajo de otras posibilidades de creación e interpretación jurídica. No obstante, algunas disposiciones de *soft law* han sido convertidas en leyes en sentido formal, al igual que importantes convenciones y tratados internacionales, lo que hace que, por el contrario, algunos de estos instrumentos se eleven a la categoría máxima y de ellos se derive la aplicación directa del derecho mercantil internacional en el ordenamiento jurídico colombiano.

De la misma manera, los Estados han comenzado a plasmar el contenido de estas disposiciones en normas en sentido material, proferidas incluso por autoridades administrativas, que dan por ciertos y valederos sus contenidos, al convertirlos, por ejemplo, en requisitos para configurar situaciones jurídicas o para solicitar peticiones en desarrollo de mandatos normativos. Esto sin contar con que los árbitros han utilizado varios de sus postulados para decidir controversias sometidas a su conocimiento en las cuales se han visto involucradas partes que celebraron contratos en los que no existe elemento internacional alguno, pero respecto de los cuales la legislación nacional resulta insuficiente para fallar en derecho, con lo cual deviene para los árbitros imperioso aplicar las reglas de la nueva *Lex Mercatoria*.

Igualmente, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia no ha sido indiferente en esta materia y por tal motivo, en varias ocasiones, ha puesto sus ojos en el derecho comercial uniforme. Aunque las referencias son tangenciales en la mayoría de los casos, en la Sentencia proferida por esa corporación el 22 de noviembre de 2011, cuyo magistrado ponente fue William Namén Vargas, el derecho privado de contratos colombiano y, a su vez, el esquema de fuentes del Código de Comercio resultaron modificados sustancialmente.

En su pronunciamiento, el alto tribunal indicó que existe la posibilidad de que las partes puedan regular los contratos mercantiles internacionales por las reglas de los Principios de Unidroit, siendo aplicables preferentemente respecto de la ley nacional no imperativa, y de que el juzgador en su labor de hermenéutica de la ley o del acto dispositivo se remita a ellos para interpretar e integrar instrumentos internacionales y preceptos legales internos, lo cual confirma que todo el esquema legal de derecho privado debe entenderse modificado. Sin embargo, la corporación precisó que tal utilización de la nueva *Lex Mercatoria* queda supeditada a las normas legales imperativas, en salvaguardia del orden público jurídico.

A pesar de la importancia que reviste esta postura, lastimosamente no resulta clara en cuanto a su valor como precedente, por cuanto no es precisa en establecer si se trata de *obiter dicta* o *ratio decidendi*. Por ello, esta afirmación podría no tener el impacto que merece, además de tratarse de una decisión que en cualquier momento podría ser modificada por la Corte Suprema en otro fallo. Una determinación en distinto sentido resultaría funesta en el propósito de que el país se acomode definitivamente dentro de la *societas mercatorum* transnacional y que se impida alcanzar la tan anhelada seguridad jurídica en la implementación de un derecho de los contratos de conformidad con el derecho uniforme, acorde con las necesidades actuales y reales del comercio.

En este sentido, resulta manifiesta la necesidad de que las instituciones mercantiles realmente se adecuen al entorno internacional, lo cual podría lograrse por ejemplo mediante la adopción de un instrumento como la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Inter-

nacionales, suscrita en México D.F. el 17 de marzo de 1994. Esta preceptiva señala que los principios del derecho comercial internacional reconocidos por las organizaciones internacionales, como es el caso de la nueva *Lex Mercatoria* y, en especial, los Principios de Unidroit, deben ser considerados como normativa aplicable a los contratos.

Otro camino para lograr este objetivo puede ser mediante la modificación de las normas del primer capítulo del Código de Comercio, las cuales ya sufrieron el impacto de la derogatoria de algunas de sus disposiciones por virtud del Código General del Proceso en materia de prueba de la costumbre. En ese cambio normativo propuesto se debería incluir una referencia directa al derecho comercial internacional.

También es posible seguir el ejemplo uruguayo en la materia. El Congreso de este país se encuentra analizando por segunda vez un proyecto de ley de derecho internacional privado en el que se establece la posibilidad de aplicar, junto a la *lex contractus*, los usos y principios del derecho contractual internacional de general aceptación o recogidos por organismos internacionales, de los que ese país hace parte. Ojalá este esfuerzo tenga un final feliz con prontitud, pues gran parte de la doctrina internacional ve con buenos ojos su puesta en vigencia.

Aunque estas medidas pueden resultar algo ideales, de todas formas los usos y costumbres en materia mercantil derivados del derecho transnacional ocupan desde hace un buen tiempo un papel importante al interior del sistema jurídico colombiano. Esto queda demostrado en los preceptos de la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, normativa que se encuentra aprobada por la Ley 518 de 1999 y que, por ende, tiene carácter de ley en sentido material y resulta de obligatorio cumplimiento.

En efecto, esta preceptiva le da un lugar de absoluta importancia a los usos y costumbres mercantiles, los cuales no pueden ser desconocidos y deben ser regularmente observados por las partes. Es decir, si se analizan los esquemas de validez de la ley en el Código Civil, resulta que este instrumento modificó el esquema de fuentes, dándoles a las costumbres un lugar distinto a aquel en el que se encontraban y ubicándolas por encima de la ley supletiva. Igual ocurre en todos los países que han aprobado este cuerpo normativo.

Otro punto que se destaca en esta materia es el papel fundamental que ocupa la autonomía de la voluntad. Justamente, muchos de los preceptos de la nueva *Lex Mercatoria* tienen su operatividad gracias a que las partes en sus contratos han decidido libremente que sus estipulaciones se regirán por normativas como los Principios de Unidroit, los Principios europeos de los contratos y los Incoterms. Es decir, la filosofía que se encuentra inmersa en estos instrumentos es que la opción que ellos brindan para su aplicación obedece exclusivamente a una decisión propia.

Por ello, su obligatoriedad surge de la naturaleza de lo pactado. De allí que resulte fundamental que los ordenamientos nacionales, e incluso las autoridades públicas, los jueces y los árbitros garanticen el respeto a la escogencia de alguno de estos documentos como ley aplicable, de manera que ellos operen en todo su esplendor respecto de los contratos a los que se encuentran llamados a regular. Ello le permitiría a la nueva *Lex Mercatoria* trascender de las fronteras jurídicas y dejar de lado el concepto de soberanía en las transacciones mercantiles internacionales, para convertirse en un derecho global aplicable a un contrato específico.

Por otra parte, uno de los aspectos que tiene absoluta importancia al analizar la nueva *Lex Mercatoria* es su construcción a partir de los principios generales del derecho. Queda claro que la estructuración de los esquemas de fuentes propios del Estado liberal clásico determina que estas últimas se encuentran estructuradas teniendo como punto de partida a la ley. No obstante, el constitucionalismo moderno encuentra en los principios un elemento indiscutible en la aplicación del derecho para proteger de manera directa las garantías fundamentales de las personas. Por tal motivo, uno de los puntos que merece revisión inmediata en el estudio del esquema de fuentes del derecho comercial colombiano es precisamente la posición de los principios generales, para que sean considerados como fuente material.

Por ello debe analizarse la importancia que tienen los otros arbitrios complementarios del derecho comercial, precisados en el artículo 7.° C.Co., como lo son la costumbre internacional y los tratados internacionales no ratificados por Colombia. Es claro que mientras los primeros tienen y disponen de la calidad de fuente auxiliar, al servir de mecanismos de interpretación de asuntos que no encuentran regulación directa en el ordenamiento jurídico, la costumbre mercantil internacional, entendida como la que se origina y acata en negocios idénticos y sucesivos que se celebran en las relaciones comerciales surgidas entre nacionales de varios Estados y que tiene vocación para extenderse a la comunidad de naciones, hace parte de la nueva *Lex Mercatoria*. Por tal razón, su ubicación debería ser modificada y ser incluida en tal categoría, de manera que adquiera una posición de relevancia en la jerarquía.

No cabe duda de que a pesar de su importancia actual, la referencia que hace la ley colombiana a este arbitrio se encuentra en un lugar demasiado recóndito e impreciso, dado que sus disposiciones tienen su origen principalmente en los usos de los comerciantes en sus contratos, que encuentran su reconocimiento en textos elaborados por organismos internacionales y en los laudos arbitrales internacionales que los reconocen, desarrollan y aplican a las controversias que ellos suscitan. Su reubicación en la jerarquía de fuentes resultaría entonces acorde con la realidad económica del siglo XXI. Además, la rapidez de las transacciones y el desarrollo exponencial que vive el comercio transnacional hace que estos arbitrios complementarios adquieran mayor relevancia y que deban ocupar un lugar sobresaliente dentro del sistema de creación del derecho comercial colombiano.

El Código de Comercio contiene el esquema de fuentes del derecho mercantil en los artículos 1.º a 9.º, del Título Preliminar, el cual no fue debidamente categorizado por el legislador. Precisamente, fue la doctrina quien estableció sus características, consecuencias y efectos. De tal manera, esta jerarquización no es unánime ni definitiva. Sin embargo, debe reiterarse que esta construcción fue elaborada a partir del texto aprobado en 1971 y que fuera expedido por decreto ley, correspondiente a criterios legales y constitucionales propios de la época. De ahí que desde entonces el esquema señalado por los autores clásicos de esta disciplina –PINZÓN, NARVÁEZ GARCÍA y MADRIÑÁN DE LA TORRE– sea constantemente repetido casi textualmente en la mayor parte de los libros de texto de introducción al derecho comercial o de derecho comercial general.

No obstante, tanto el fenómeno globalizador en materia económica como el cambio de organización estatal que trajo consigo la Constitución Política de 1991 en el ordenamiento jurídico colombiano, además de la denominada constitucionalización del derecho privado, con la resistencia que también ha generado, hicieron que la estructura tradicional se transformara en su construcción. Por ello, no es factible afirmar que existe un sistema rígido de fuentes del derecho mercantil basado en el respeto exclusivo de la ley, de conformidad con los cánones decimonónicos. Al contrario, se trata de un esquema absolutamente dinámico, el cual debe partir de la Carta Política e incluir los aspectos aquí mencionados, con lo cual el esquema resultará apropiado y adecuado al entorno jurídico colombiano contemporáneo.

En tal sentido, se propone como jerarquía propia del sistema de creación del derecho comercial colombiano la siguiente:

Fuentes directas de creación del derecho comercial colombiano –formales, reales o materiales–:

– La Constitución Política, la constitucionalización del derecho comercial en defensa de los derechos fundamentales y el bloque de constitucionalidad.

– Los principios generales del derecho comercial y la nueva *Lex Mercatoria* o el derecho comercial uniforme del que Colombia haga parte o con el tenga algún vínculo directo respecto de su aplicación, la cual incluye la costumbre mercantil internacional.

–La ley comercial, entendida en sentido formal y material, los tratados internacionales en materia comercial ratificados por Colombia y la *ratio decidendi* de la Corte Constitucional al decidir la exequibilidad de las leyes mercantiles y la "fuerza vinculante" de la jurisprudencia de cierre de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado cuando resuelven asuntos mercantiles.

– Las estipulaciones contractuales en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las cuales subordinan a la ley supletiva.

– La analogía de la ley mercantil realizada por el operador jurídico correspondiente, y en especial por el juez o árbitro.

– La costumbre *praeter legem* en su condición de creadora de derecho.

– La ley civil, por aplicación o remisión expresa y, en segundo término, a falta de normas de carácter mercantil.

Fuentes indirectas –auxiliares, materiales o subsidiarias–:

– Los tratados o convenciones internacionales de comercio no ratificados por Colombia.

– La jurisprudencia proferida por jueces diferentes a tribunales de cierre.

– Los laudos arbitrales.

– La doctrina.

Una modificación de esta naturaleza al título preliminar del Código de Comercio traería como efecto una verdadera adaptación a la realidad del origen del derecho mercantil colombiano, consecuente con la realidad de los negocios y su transnacionalidad característica durante la segunda mitad del siglo XX y los años transcurridos del XXI. De esta manera, Colombia podrá ingresar de lleno a la *societas mercatorum* global desde el punto de vista normativo, constituyéndose como uno de los abanderados en el reconocimiento de un derecho comercial internacional uniforme.

LIBROS

ALCHOURRÓN, C. & BULYGIN, E. (1993). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires.

ALEXY, R. (1994). *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*, trad. de Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona.

ALJURE SALAME, A. (2011). *El contrato internacional*, Legis, Bogotá.

ARISTÓTELES (1987). *Tratados de lógica, El Organon. Primeros analíticos (el silogismo)*, Editorial Porrúa, II, México.

ARNALDEZ, J.J.; DERAINS, Y. & HASCHER, D. (1997). *Collection of ICC arbitral awards 1991-1995 Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, ICC Publishing – Kluwer, La Haya – Londres – Boston.

ASCARELLI, T. (1940). *Tratado de derecho mercantil*, t. I, Porrúa, México.

ASCARELLI, T. (1964). *Iniciación al estudio del derecho mercantil*, trad. de Evelio Verdera y Tuells, Real Colegio de España en Bolonia, Barcelona.

BERDUGO GARAVITO, J.M. & BUILES VARGAS, S. (2013). *Derecho mercantil*, Universidad de Medellín, Medellín.

BERMAN, H. J. (1983). *La formación de la tradición jurídica de occidente*, Fondo de Cultura Económica, México.

BERNAL PULIDO, C. (2005). *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

BETTI, E. (2010). *Teoría general del negocio jurídico*, trad. de A. Martín PÉREZ, Comares, Granada.

BIDART CAMPOS, G.J. (1968). *Derecho constitucional*, Ediar, Buenos Aires.

BOBBIO, N. (1993). *El positivismo jurídico*, Debate, Madrid.

BOBBIO, N. (1994). *Teoría del ordenamiento jurídico*, trad. de Jorge Guerrero y Eduardo Rozo A., Temis, Bogotá.

Broseta Pont, M. & Martínez Sanz, F. (2002). *Manual de derecho mercantil*, Tecnos, vol. 1, 11.ª ed., Madrid.

Cadena Afanador, W. R. (2004). *La nueva 'Lex Mercatoria'. La transnacionalización del derecho*, Universidad Libre de Colombia, Bogotá.

Caivano, R. (2008). *La cláusula arbitral. Evolución histórica y comparada*, Universidad del Rosario – Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá.

Calderón Villegas, J.J. (2011). *La constitucionalización del derecho privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*, Universidad del Rosario – Universidad de los Andes – Temis, Bogotá.

Carnelutti, F. (1998). *Cómo nace el derecho*, Temis, Bogotá.

Cavelier, G. (2000). *Régimen jurídico de los tratados internacionales en Colombia*, Legis, 3.ª ed., Bogotá.

Craig, W.L.; Park, W.W. & Paulsson, J. (2000). *International Chamber of Commerce. Arbitration*, 3.ª ed., Oceana.

David, R. (1973). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, trad. de Pedro Bravo Gala, Aguilar, Madrid.

De Eizaguirre, J.M. (2001). *Derecho mercantil*, 3.ª ed., Civitas, Madrid.

De la Guardia, E. & Delpech, M. (1970). *El derecho de los tratados y la Convención de Viena*, Buenos Aires.

De Ly, F. (1992). *International businesss law and Lex Mercatoria*, North Holland, Amsterdam.

Derains, Y. & Schwartz, E.A. (2005). *A guide to the ICC rules of arbitration*, Kluwer Law, La Haya.

Díez de Velasco, M. (2009). *Instituciones de derecho internacional público*, 17.ª ed., Tecnos, Madrid.

Du Pasquier, C. (1937). *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, Neuchatel.

Ehrlich, E. (1936). *Fundamental principles of the sociology of law*, Harvard University Press, Cambridge.

Enneccerus, L. (1953). *Derecho civil*, t. 1, vol. 1, Bosch, Barcelona.

Espinosa Quintero, L. (2008). *Introducción al derecho mercantil*, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá.

Esser, J. (1961). *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, trad. de J. Valenti Fiol, Bosch, Barcelona.

Fenet, P. A. (1827-1832). *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, vol. 1, Videcoq, Paris.

Fernández de la Gándara, L. & Calvo-Caravaca, A.L. (1995). *Derecho mercantil internacional*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid.

Fontanarrosa, R.O. (1995). *Derecho comercial argentino*, Zavalía, Buenos Aires.

Fouchard, P.; Gaillard, E. & Goldman, B. (1999). *International commercial arbitration*, Kluwer, La Haya.

Galgano, F. (1987). *Historia del derecho mercantil*, trad. de Joaquín Bisbal, Laia, Barcelona.

Gamboa Morales, N. (2006). *Apuntes sobre arbitraje internacional*, Universidad del Rosario, Bogotá.

García Cantero, G. (2004). *La traducción española de la parte general del Código Europeo de Contratos*, Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá.

García Máynez, E. (1990). *Introducción al estudio del derecho*, 37.ª ed., Abogados Asociados Editores, Medellín.

García Máynez, E. (1999). *Lógica del raciocinio jurídico*, Fontamara, México.

Garrigues, J. (1987). *Curso de derecho mercantil*, Temis, Bogotá.

Garrorena Morales, Á. (2011). *Derecho constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Gaviria Liévano, E. (2005). *Derecho internacional público*, 6.ª ed., Temis, Bogotá.

Gebhardt, M. & Gersovich, C.G. (2012). *Elementos de derecho comercial*, La Ley, Buenos Aires.

Gény, E. (1919). *Méthode d'interpretation*, t. 1, 2.ª ed., Paris.

Gil Echeverry, J.H. (2010). *Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico*, 4.ª ed., Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá.

Goldschmitt, J. (1944). *Problemas generales del derecho*, Buenos Aires, De Palma.

González de Cancino, E. (1991). *Manual de derecho romano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Hamel, J. & Lagarde, G. (1954). *Traité de droit commerciale*, t. i, Dalloz, París.

Illescas Ortiz, R. & Perales Viscasillas, P. (2003). *Derecho mercantil internacional. El derecho uniforme*, Centro de Estudios Ramón Areces – Universidad Carlos iii de Madrid, Madrid.

Ishizaki, M. (1928). *Le droit corporatif international de la vente des soies*, vol. i, Giard, París.

Jiménez Sánchez, G.J. (coord.) (2009). *Nociones de derecho mercantil*, 4.ª ed., Marcial Pons, Madrid.

Josserand, H. (1952). *Derecho civil*, t. i, vol. i, Ejea, Buenos Aires.

Kelsen, H. (1995). *Teoría general del derecho y del Estado*, 5.ª reimpr., Unam, México.

Kozolchyk, B. (2006). *La contratación comercial en el derecho comparado*, Dykinson, Madrid.

Lando, O. et al. (eds.) (2000). *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, La Haya.

Larroumet, C. (2006). *Derecho civil. Introducción al estudio del derecho privado*, República Francesa – Universidad del Rosario – Legis, Bogotá.

Leben, C. (2003). *Le droit international des affaires*, 6.ª ed., Presses Universitaires de France, Paris.

López Guzmán, F. (2007). *Introducción al derecho mercantil*, Temis, Bogotá.

López Medina, D.E. (2002). *El derecho de los jueces*, Universidad de Los Andes – Legis, Bogotá.

López Medina, D.E. (2004). *Teoría impura del derecho*, Legis, Bogotá.

Madriñán de la Torre, R.E. & Prada Márquez, Y. (2013). *Principios de derecho comercial*, Universidad Javeriana - Temis, Bogotá.

Mans Puigarnau, J.M. (1957). *Los principios generales del derecho*, Bosch, Barcelona.

Mantilla Espinosa, F. & Ternera Barrios, F. (2007). *Los contratos en el derecho privado*, Legis, Bogotá.

Marín Pérez, P. (1974). *Introducción a la ciencia del derecho*, Tecnos, Madrid.

Martínez Marulanda, D. (2007). *Fundamentos para una introducción al derecho*, 3.ª reimpr., Universidad de Antioquia, Medellín.

Medina Vergara, J. (2008). *Derecho comercial. Parte general*, 4.ª ed., Temis, Bogotá.

Mendonca, D. (2000). *Las claves del derecho*, Gedisa, Barcelona.

Mendonca, D. (2009). *Análisis constitucional. Una introducción. Cómo hacer cosas con la Constitución*, Universidad del Rosario, Bogotá.

Merryman, J.H. (2012). *La tradición jurídica romano-canónica*, trad. de Eduardo L. Suárez, Fondo de Cultura Económica, México.

Messineo, F. (1947). *Doctrina general del contrato*, t. i, Ejea - Bosch, Buenos Aires.

Metke Méndez, R. (2001). *Lecciones de propiedad industrial*, Baker & McKenzie, Bogotá.

Ministerio de Justicia. (1958). Proyecto de Código de Comercio, Imprenta Nacional, Bogotá.

Monateri, P. G. (2006). "Gayo, el negro: una búsqueda de los orígenes multiculturales de la tradición jurídica occidental", en *La invención del derecho privado*, Universidad de los Andes – Pontificia Universidad Javeriana – Instituto Pensar – Siglo del Hombre Editores, Bogotá.

Monroy Cabra, M. G. (1986). *Introducción al derecho*, Temis, Bogotá.

Montesquieu, C. (2002). *El espíritu de las leyes*, Istmo, Madrid.

Moreno Loayza, G. (1987). *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena como medio jurídico de solución de controversias*, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito.

NARVÁEZ GARCÍA, J.I. (2002). *Derecho mercantil colombiano. Obligaciones y contratos mercantiles*, vol. V, 2.ª ed., Legis, Bogotá.

NARVÁEZ GARCÍA, J.I. (2008). *Derecho mercantil colombiano. Parte general*, 10.ª ed., Legis, Bogotá.

NARVÁEZ GARCÍA, J.I. (2008). *Introducción al derecho mercantil*, Legis, Bogotá.

OLANO GARCÍA, H.A. (2010). *Fuentes del derecho*, 10.ª ed., Doctrina y Ley, Bogotá.

OPPETIT, B. (1998). *Droit et modernité*, Presses Universitaires de France, Paris.

OPPETIT, B. (2006). *Teoría del arbitraje*, trad. de E. Silva Romero, F. Mantilla Espinosa y J.J. Caicedo Demoulin, Legis, Bogotá.

OSMAN, F. (1992). *Les principes généraux de la Lex Mercatoria*, LGDJ, Paris.

OSPINA FERNÁNDEZ, G. & OSPINA ACOSTA, E. (1998). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 5.ª ed., Temis, Bogotá.

OVIEDO ALBÁN, J. (2012). *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales 2010 "black letter rules"*, Ibáñez, Bogotá.

OVIEDO ALBÁN, J. (2008). *Regulación del contrato de compraventa internacional. Antecedentes estructura y fuentes*, Ibáñez, Bogotá.

PAUL, J.R. (2006). *¿Es realmente libre el comercio?*, Siglo del Hombre Editores – Universidad de los Andes – Universidad Javeriana, Bogotá.

PINZÓN, G. (1985). *Introducción al derecho comercial*, Temis, Bogotá.

PINZÓN, M.A. (1998). *Doctrinas internacionales americanas (en su marco histórico cultural)*, RIL, Santiago.

PUGLIATTI, S. (1943). *Introducción al estudio del derecho civil*, México.

QUINCHE RAMÍREZ, M.F. (2008). *Derecho constitucional colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas*, Universidad del Rosario – Ibáñez, Bogotá.

REALE, M. (1987). *Introducción al derecho*, Pirámide, Madrid.

REMIRO BROTÓNS, A. et al. (2007). *Derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia.

RENGIFO GARCÍA, E. (1996). *Propiedad intelectual. El moderno derecho de autor*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

REYES VILLAMIZAR, F. (2013). *Derecho societario en Estados Unidos y la Unión Europea*, Legis, Bogotá.

ROCCO, A. (1931). "Principios de derecho mercantil". *Revista de Derecho Privado*, Madrid.

RODRÍGUEZ AZUERO, S. (2009). *Contratos bancarios. Su significación en América Latina*, Legis, 6.ª ed., Bogotá.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. (2009). *Introducción al derecho comercial internacional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

ROMERO, J. I. (2010). *Manual de derecho comercial. Parte general*, 3.ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires.

ROSS, A. (2007). *Teoría de las fuentes del derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

ROUBIER, P. (1951). *Théorie générale du droit*, 2.ª ed., Recueil Sirey, Paris.

SALCEDO CASTRO, M. (2006). *El arbitraje en los contratos concluidos por la administración. Estudio de derecho comparado francés y colombiano*, Universidad del Rosario, Bogotá.

SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, A. (1936). *Derecho internacional público*, Carusa, La Habana.

SCHMIDT, K. (1997). *Derecho comercial*, trad. de la 3.ª ed. de F.E.G. Wegner, Astrea, Buenos Aires.

SUÁREZ MORIONES, G. (1990). *Manual de derecho civil. Parte general*, FUAC, Bogotá.

TALERO RUEDA, S. (2008). *Arbitraje comercial internacional. Instituciones básicas y derecho aplicable*, Uniandes – Temis, Bogotá.

TAWIL, G. & ZULETA JARAMILLO, E. (2008). *El arbitraje comercial internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50.º aniversario*, Universidad del Rosario – Universidad de Buenos Aires – Abeledo Perrot, Buenos Aires.

TREMOLADA ÁLVAREZ, E. (2006). *El derecho andino en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

VALENCIA RESTREPO, H. (1999). *Nomoárquica, principialística jurídica o los principios generales del derecho*, 2.ª ed., Temis, Bogotá.

VALENCIA RESTREPO, H. (2008). *Derecho internacional público*, 3.ª ed., Comlibros, Medellín.

VALENCIA ZEA, A. & ORTIZ MONSALVE, Á. (2010). *Derecho civil. Parte general y personas*, 16.ª ed., t. I, Temis, Bogotá.

VARELA QUIROZ, L.A. (1966). *Las fuentes del derecho internacional*, Temis, Bogotá.

VELÁSQUEZ RESTREPO, C.A. (2003). *Instituciones de derecho comercial*, 4.ª ed., Señal, Medellín.

VIVANTE, C. (2005). *Derecho mercantil*, Valleta Ediciones, Buenos Aires.

VIVANTE, C. (1932). *Tratado de derecho mercantil*, Reus, t. I, Madrid.

WEILER, T. (2005). *International investment law and arbitration: leading cases from the Icsid, Nafta, bilateral treaties and customary international law*, Cameron May, Londres.

ZAGREBELSKY, G. (2011). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 10.ª ed., Trotta, Madrid.

ARTÍCULOS EN LIBROS DE COLABORACIÓN

BARBOSA DELGADO, F.R. (2007). "El derecho y la historia: mirada convergente en la globalización", en RAMÍREZ CLEVES, G. (ed.). *El derecho en el contexto de la globalización*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

BASEDOW, J. (2010). "El derecho privado estatal y la economía", en BASEDOW, J.; FERNÁNDEZ ARROYO, D.P. & MORENO RODRÍGUEZ, J.A., *Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional*, La Ley – Cedep – Thomson Reuters, Asunción.

BONELL, M. J. (2010). "El Reglamento CE 593/2008 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales", en BASEDOW, J.; FERNÁNDEZ ARROYO, D.P. & MORENO RODRÍGUEZ, J.A., *Cómo se codifica hoy el Derecho Comercial Internacional*, La Ley – Cedep – Thomson Reuters, Asunción.

CALVO-CARAVACA, A.L. & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2009). "Los contratos internacionales y el mito de la 'Nueva Lex Mercatoria', en ZAPATA DE ARBELÁEZ, A. *Derecho Internacional de los Negocios. Alcances*, t, III, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

CÁRDENAS MEJÍA, J. P. (2013). "El laudo arbitral y los recursos de revisión y anulación en el arbitraje internacional", en *Estatuto Arbitral Colombiano. Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012*, Legis – Comité Colombiano de Arbitraje – Ministerio de Justicia y del Derecho, Bogotá.

CARRIZOSA CALLE, M. (2013). "Visión general del arbitraje internacional", en *Estatuto Arbitral Colombiano. Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012*, Comité Colombiano de Arbitraje – Ministerio de Justicia y del Derecho - Legis, Bogotá.

CÓRDOBA ACOSTA, P. (2009). "Las estipulaciones contractuales y la costumbre mercantil". *Costumbre Mercantil*, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá.

GRIGERA NAON, H.A. (2005). "El derecho aplicable en el arbitraje comercial internacional", en SILVA ROMERO, E. & MANTILLA ESPINOSA, F. *El Contrato de Arbitraje*, Legis – Universidad del Rosario, Bogotá.

HINESTROSA FORERO, F. (1997). "Los Principios de Unidroit: una nueva lingua franca", en *Unidroit, Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, Ministerio de Justicia y del Derecho, Bogotá.

KAUFFMAN-KOHLER, G. (2010). "La codificación y la normatividad del *soft law* en el arbitraje internacional", en BASEDOW, J.; FERNÁNDEZ ARROYO, D.P. & MORENO RODRÍGUEZ, J.A. *Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional*, La Ley – Cedep – Thomson Reuters, Asunción.

LEÓN ROBAYO, É.I. & LÓPEZ CASTRO, Y. (2013). "La capacidad negocial de las personas naturales en Colombia", en *Estudios de Derecho Privado, Liber Amicorum en Homenaje a Hernando Tapias Rocha*, Universidad del Rosario, Bogotá.

LÓPEZ RODRÍGUEZ, A.M. (2003). "Harmonization of contract law in the EU and Lex Mercatoria", en ESPIAU ESPIAU, S. & VAQUER ALOY, A. *Bases de un Derecho Contractual Europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia.

MANTILLA ESPINOSA, F. & TERNERA BARRIOS, F. (2005). "La teoría general del contrato en el derecho privado colombiano: entre el Código de Bello y el Código de Comercio", en *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello*, Universidad de Chile – LexisNexis, Santiago.

MARTÍNEZ ESTAY, J.I. (2009). "Constitución y fuentes del derecho", en ARANCIBIA MATTAR, J. & MARTÍNEZ ESTAY, J.I. *La primacía de la persona. Estudios en Homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss*, Legal Publishing, Abeledo Perrot – Universidad de los Andes de Chile, Santiago.

Martínez Neira, N. H. (2013). "El pacto arbitral", en *Estatuto Arbitral Colombiano. Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012*, Legis – Comité Colombiano de Arbitraje – Ministerio de Justicia y del Derecho, Bogotá.

Moreno Rodríguez, J. A. (2010). "Los contratos y La Haya: ¿ancla al pasado o puente al futuro?", en Basedow, J.; Fernández Arroyo, D.P. & Moreno Rodríguez, J.A. (2010). *Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional*, La Ley – Cedep – Thomson Reuters, Asunción.

Mustill, M.J. (1987). "New Lex Mercatoria: the first twenty-five years", en *Liber Amicorum for Lord Wilberforce*, Bos & Brownlie, Oxford.

Opperti Badán, D. & Fresnedo de Aguirre, C. (2010). "El derecho comercial internacional en el Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado del Uruguay – Una primera aproximación", en Basedow, J.; Fernández Arroyo, D.P. & Moreno Rodríguez, J.A. *Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional*, La Ley – Cedep – Thomson Reuters, Asunción.

Oviedo Albán, J. (2006). "Aplicabilidad de la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías como Lex Mercatoria", en Calvo-Caravaca, A.L. & Oviedo Albán, J. (dirs.), *Nueva Lex Mercatoria y Contratos Internacionales*, t. 2, Ibáñez, Bogotá.

Peña Castrillón, G. (2010) "El futuro del derecho comercial", en *Realidades y Tendencias del Derecho en el siglo xxi. Derecho Privado*, t. iv, vol. 2, Pontificia Universidad Javeriana – Temis, Bogotá.

Perales Viscasillas, P. (2010). "Derecho uniforme del comercio internacional y tratados de libre comercio en América", en Gómez Segade, J.A. & García Vidal, Á. *El Derecho Mercantil en el umbral del siglo xxi. Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novóa en su Octogésimo Cumpleaños*, Marcial Pons, Madrid.

Silva Romero, E. (2013). "De la calificación del arbitraje de internacional en el estatuto de arbitraje", en *Estatuto Arbitral Colombiano. Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012,* Comité Colombiano de Arbitraje – Ministerio de Justicia y del Derecho - Legis, Bogotá.

Uprimny, R. (2004). "Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal", en *Reflexiones sobre el Nuevo Sistema Procesal Penal,* Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá.

Zapata de Arbeláez, A. (203). "La norma sustancial aplicable al arbitramento internacional", en *Estatuto Arbitral Colombiano. Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012*, Comité Colombiano de Arbitraje – Ministerio de Justicia y del Derecho - Legis, Bogotá.

ARTÍCULOS DE REVISTAS

Aljure Salame, A. (2005). "La ley aplicable al contrato estatal en Colombia", en *Foro de Derecho Mercantil – Revista Internacional*, n.° 6, Legis, Bogotá.

Clay, T. "Liberté, égalité, efficacité: La devise du nouveau droit française de l'arbitrage. Commentaire article par article", *Revue Trimestrielle LexisNexis JurisClasseur* – jdi, Lexis Nexis, Paris.

Conejero Roos, C. (2006). "Análisis comparativo de la influencia de la Ley Modelo de la cnudmi en Latinoamérica", *Revista Internacional de Arbitraje*, n.° 4, Universidad Sergio Arboleda – Comité Colombiano de Arbitraje – Legis, Bogotá.

Darankoum, E.S. (2002). "L'application des Principes d'Unidroit par les arbitres internationaux et par les juges étatiques", 36 *rjt*.

Etcheverry, R.A. (2009). "El derecho comercial internacional. Nuevas fuentes", en Anaya, J.L.; Alegría, H., *Revista Jurídica Argentina La Ley, Derecho Comercial, Doctrinas Esenciales, Parte general. Empresas y personas del comercio. Prescripción*, t. 1, Buenos Aires.

Farnsworth, E.A. (2002). "The role of the Unidroit principles in international commercial arbitration (2): a US perspective on their aims and application", *icc International Court of Arbitration Bulletin*, special supplement.

Galgano, F. (2006). "La globalizzazione delle fonti del diritto: le leggi nazionali; il contratto; il ruolo delle Corti", *Revista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Giuffré, Milán.

Garrido-Gómez, M. I. (2003). "La utilidad del iuscomparatismo en la armonización de los sistemas jurídicos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año xxxvi, n.° 108, septiembre-diciembre.

Gaviria Gil, J.A. (2013). "Comentarios sobre las nuevas normas colombianas en materia de arbitraje internacional", *Revista de Derecho Privado*, n.° 24, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Goldman, B. (1979). "La Lex Mercatoria dans les contrats et les arbitrages internationaux: realité et perspectives", *Journal Clounet*, n.° 106.

González Jácome, J. (2006). "El problema de las fuentes del derecho", *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, n.° 112, julio-diciembre, Bogotá.

Highet, K. (1989). "The enigma of the Lex Mercatoria", *Tulane Law Review*, Tulane.

Hinestrosa Forero, F. (2013). "Autonomía privada y tipicidad contractual", *Revista de Derecho Privado*, n°. 24, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Hinestrosa Forero, F. (2000). "De los principios generales del derecho a los principios generales del contrato", *Revista de Derecho Privado*, n.° 5, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Lile, W.M. et al. *Brief making and the use of law books*, 321 (3.ª ed. 1914).

Litvinoff, S. (2004). "Derecho global, derecho civil y *common law*", *Foro de Derecho Mercantil – Revista Internacional*, n.° 3, Legis, Bogotá.

Mansoor, Z. (2013). "Principles of European contract law: an autonomous lex mercatoria or part of a universal lex mercatoria", *International Journal of Private Law, Inderscience*, vol. 6, n.° 1, Olney – Buckinghanshire.

Mantilla Espinosa, F. (2009). "Interpretar: ¿aplicar o crear derecho? Análisis desde la perspectiva del derecho privado", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.° xxxiii, Valparaíso.

Martínez Neira, N.H. (1986). "¿Es consensual la compraventa mercantil de inmuebles?", *Revista de Derecho Privado*, n.° 7, Temis, Bogotá.

Martínez Neira, N.H. (2003). "Seis lustros de jurisprudencia mercantil", *Vniversitas*, n.° 105, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.

Monroy Cabra, M.G. (2008). "El derecho internacional como fuente del derecho constitucional", *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, n.° 1, Centro Universidad del Rosario, Bogotá.

Moreno Rodríguez, J.A. (2003). "La nueva '*Lex Mercatoria*': ¿un fantasma creado por profesores de la Sorbona?", *Foro de Derecho Mercantil – Revista Internacional*, n.° 1, Legis, Bogotá.

Moreno Rodríguez, J.A. (2005). "Los principios contractuales de Unidroit: ¿un mero ejercicio académico de juristas notables?", *Foro de Derecho Mercantil – Revista Internacional*, n.° 9, Legis, Bogotá.

Oviedo Albán, J. (20014). "Los usos y costumbres en el derecho privado contemporáneo", *Vniversitas*, n.° 102, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.

Oviedo Albán, J. (2007). "Aplicabilidad de la Convención de Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías como *Lex Mercatoria*", *Revista Vniversitas*, n.° 113, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.

Páez Murcia, H.A. (2006). "Naturaleza jurídica de la *Lex Mercatoria*", *Temas Jurídicos*, n.° 18, Universidad del Rosario, Bogotá.

Rengifo García, E. (2011). "Principales transformaciones del derecho mercantil en sus últimos cuarenta años", *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, n.° 348, Bogotá.

Rigaux, F. (1989). "Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 213, vol. i, La Haya.

Rivera, J. C. (2006). "Arbitraje y poder judicial. Los prejuicios de los jueces respecto del arbitraje", *Revista Internacional de Arbitraje*, n.° 5, Legis, Bogotá.

Silva Romero, E. (2002). "Las normas jurídicas aplicables en el arbitraje comercial internacional. Breve contribución al derecho internacional privado colombiano", *Revista de Derecho Privado*, n.° 28, Uniandes, Bogotá.

Umaña Munévar, L. (2011). "Las Reglas de Rotterdam: una aproximación a la discusión desde la óptica aseguradora", *Revista Fasecolda*, n.° 140, Bogotá.

Vásquez Palma, M.F. (2006). "Arbitraje ante el Ciadi: aspectos relevantes y reflexiones sobre su operatividad", *Revista de Derecho de la Empresa*, n.° 8, Universidad Adolfo Ibáñez – Legis, Santiago.

Verdera & Tuells, E. (2006). "La Ley de Arbitraje española: entre la tradición y la innovación", *Revista Internacional de Arbitraje*, n.° 5, Legis, Bogotá.

Artículos en memorias

Cárdenas Mejía, J.P. (2010). "Contratos comerciales presente y futuro", *Memorias ii Congreso Internacional de Derecho Comercial. Presente y futuro del derecho comercial*, Colegio de Abogados Comercialistas – Cámara de Comercio de Bogotá – Universidad del Rosario – Universidad Sergio Arboleda – Universidad de la Sabana – Legis, Bogotá.

Jaramillo Vargas, J. (1998). "La 'Lex Mercatoria': mito o realidad", en *Negocios Internacionales. Tendencias, Contratos e instrumentos*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá.

ARTÍCULOS EN PERIÓDICOS

Galgano, F. (2007). "La unificación del derecho civil con el comercial es un hecho consumado y no es reversible", *Ámbito Jurídico*, Legis, n.° 234, Bogotá.

Guzmán Escobar, J. V. (2012). "Hacia una regulación uniforme del transporte marítimo de mercancías", *Ámbito Jurídico*, Legis, n.° 356, Bogotá, Separata Especial Región Caribe.

Oviedo Albán, J. (2010). "La Convención sobre Compraventa Internacional: impacto en los derechos nacionales", *Ámbito Jurídico*, Legis, n.° 308, Bogotá.

Oviedo Albán, J. (2011). "El proyecto de Marco Común de Referencia europeo: lecciones para América Latina", *Ámbito Jurídico*, Legis, n.° 335, Bogotá.

Zapata de Arbeláez, A. (2012). "Los instrumentos del derecho internacional como puntales para interpretar normas internas", *Ámbito Jurídico*, Legis, n.° 359, Bogotá.

INFORMES

Organización de los Estados Americanos, "Report of the Rapporteur of Committee One Regarding the Law Applicable to International Contracts, Ser. K/XXI.5-CIDIP-V/doc.32/94rev.2, 18 de marzo de 1994

RECURSOS MULTIMEDIA

Mendoza Ramírez, Á. (2001). "Principios generales del derecho comercial". *Seminario Internacional: Código de Comercio: 30 años*, C.D. Rom., Legis – Universidad de La Sabana, Bogotá.

Uribe, D. (2009). *Historia de las civilizaciones*, Aguilar – Caracol Radio, parte III, Bogotá, pista 2.

RECURSOS ELECTRÓNICOS

Alford, D.E., "A guide on the harmonization of international commercial law". Disponible en: www.nyulawglobal.org/globalex/Unification_Harmonization.htm

Ámbito Jurídico, "Eduardo Zuleta: 'Éxito del Estatuto de Arbitraje dependerá de la interpretación de los jueces'". Disponible en: www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120725-10eduardo_zuleta_exito_del_estatuto_de_arbitraje_dependera_de_la/noti-120725-10eduardo_zuleta_exito_del_estatuto_de_arbitraje_dependera_de_la.asp

Ámbito Jurídico, "La dispendiosa tarea de derogar lo inútil". Disponible en: www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-110908-04_(la_dispendiosa_tarea_de_derogar_lo_inutil)/noti-110908-04_(la_dispendiosa_tarea_de_derogar_lo_inutil).asp?print=1

Barton, G. "The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", en: The Comparative and International Law Journal of Southern Africa, n° 18, 1985. Disponible en: www.jstor.org/discover/10.2307/23246982?uid=3737808&uid=2134&uid=2474462793&uid=2474462783&uid=2&uid=70&uid=3&uid=60&purchase-type=none&accessType=none&sid=21102679821803&showMyJstorPss=false&seq=1&showAccess=false

Blackstone, W. *Commentaries on the laws of England*, p. 69. Disponible en: www.lonang.com/exlibris/blackstone/bla-430.htm

Casals, M.M. *Reflexiones sobre la elaboración de unos principios europeos de responsabilidad civil*. Disponible en: www.asociacionabogadosrcs.org/ponencias/pon2-7.pdf

El Mirador, "Mejorando el entendimiento del comercio internacional. Las nuevas UCP(RUU)600", 30 de abril - 24 de mayo, n.° 161, p. VIII. Disponible en: www.nuevagestion.com/euskadi/index.php/ngestion/content/download/25193/477244/file/viii.pdf

Genicon, T. "Commission européenne et droit des contrats: 'Quousque tandem abutere patientia nostra?...'". Disponible en: http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/161_fr.pdf

Gopalan, S. "New trends in the making of international commercial law", en: 23 *Journal and Commercial of Law and Commerce*, (2003-2004). Disponible en: http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/jlac23&div=11&id=&page=

Lando, O. "The rules of European contract law". Disponible en: www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lando2.html

MARCHESE, C.R. "La Lex Mercatoria ed i rapporti con le law firms", tesis doctoral, Università degli Studi di Milano, Milán: 2009-2010. Disponible en: http://air.unimi.it/bitstream/2434/155658/4/phd_unimi_R07052.pdf

MARTÍNEZ NEIRA, N.H. "La crisis del derecho comercial". Disponible en: www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-130130-05_la_crisis_del_derecho_comercial/noti-130130-05_la_crisis_del_derecho_comercial.asp

OLIVER, L.E. "Principios de derecho europeo de los contratos y códigos civiles español y francés. Análisis etimológico comparado". Disponible en: www10.gencat.net/eapc_rld/revistes/revista.2008-09- 19.2469395181/Principis_de_dret_europeu_dels_contractes_i_codis_civils_espanyol_i_frances._Analisi_etimologica_/es

OVIEDO ALBÁN, J. "Los usos y costumbres en el derecho privado contemporáneo". Disponible en: www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban.html#50

PÉREZ, L.J. *Las nuevas UCP(RUU)600. Mejorando el entendimiento en el comercio internacional.* Disponible en: www.esden.es/datos/articulos/archivo69.pdf

PLANCHART POCATERRA, P.L. "La interpretación e integración de los contratos, los usos y la Lex Mercatoria", en *Revista Comité de Arbitraje*, Venancham – Comité de Arbitraje, n.º 6, Caracas, 2012. Disponible en: http://es.calameo.com/read/001755224f004d64145c2

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. "Los nuevos términos comerciales internacionales –Incoterms– (versión 2010) y su aplicación en el derecho colombiano", en *Revist@ e-Mercatoria*, vol. 9, n.º 2, Bogotá, 2010. Disponible en: www.emercatoria.edu.co/usuario.asp?idPublicacion=109

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. "Reconocimiento de la Lex Mercatoria como normativa propia y apropiada para el comercio internacional", en *Revist@ e-Mercatoria*, vol. 11, n.º 2, Bogotá, 2012, p. 50. Disponible en: www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/VOLUMEN11/HTML2/143.html, consulta realizada el 20 de septiembre de 2013

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. "Resolución de disputas en el contrato internacional de construcción: La labor del engineer y de los dispute boards", en *Revist@ e-Mercatoria*, vol. 5, n.º 2, Bogotá, 2006. Disponible en: http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=emerca&page=article&op=view&path%5B%5D=2077

SCHWARTZ, C. A., "Commercial law harmonization and bilateral assistance", en *Modern Law for Global Commerce. Congress to Celebrate the Fortieth Annual Session of Uncitral*, Vienna, 9-12 July 2007. Disponible en: www.uncitral.org/pdf/english/congress/SCHWARTZ.pdf

UPRIMNY, R. "¿Es precedente judicial la nueva teoría de la 'cesantía comercial' de la Corte Suprema?", en Ámbito Jurídico, 14 de marzo de 2012. Disponible en: www.amhitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120314-12(es_precedente_judicial_la_nueva_teoria_de_la_%E2%80%9Ccesant)/noti-120314-12(es_precedente_judicial_la_nueva_teoria_de_la_%E2%80%9Ccesant).asp

"Almagro afirmó que el país necesita sistematizar normas del derecho internacional privado". Disponible en: www.presidencia.gub.uy/comunicacion/comunicacionnoticias/almagro-proyecto-ley-derecho-internacional-privado

http://195.83.177.9/code/liste.phtml?lang=esp&c=45&r=7015#art28699

http://apolo.creg.gov.co/Publicac.nsf/Indice01/Resolucion-2008-Creg037-2008

http://archivo.presidencia.gub.uy/proyectos/R1293.pdf

http://campus.usal.es/~derinfo/Material/LegOblContr/PECL%20I+II.pdf

http://domino.creg.gov.co/Publicac.nsf/1c09d18d2d5ffb5b05256eee00709c02/dfdb2860304850b4052573240 04e0108?OpenDocument

http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type_doc=COMfinal&an_doc=2001&nu_doc=398

http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_ecsc_es.htm

www.boe.es/boe/dias/2003/12/26/pdfs/A46097-46109.pdf

www.calidadgrm.com/general/Formacion/Plan%20de%20formacion%20GRM%202010/MATERIAL%20CAPACITACIONES/Asistente%20Tecnico/Impresion/RESOLUCI%D3N%201239.pdf

www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/index.html

www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/000606r1.html

www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/020326u1.html

www.cnudmi.org

www.comexpanda.com/es/portafolio-ucp-600-espanol/

www.comitemaritime.org

www.comitemaritime.org/York-Antwerp-Rules/0,2754,15432,00.html

www.comunidadandina.org/Normativa.aspx#

www.comunidadandina.org/normativa/res/r1112sg.htm

www.comunidadandina.org/transportes.htm

www.confecamaras.org.co

www.fundacion.valenciaport.com/Educational-offer/doc/seminarios/Incoterms-2010.aspx

www.iata.org/Pages/default.aspx

www.iccwbo.org

www.iccwbo.org/incotermsrules/

www.incoterms.com

www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/judaica/ejud_0002_0012_0_11731.html

www.kluwerarbitration.com

www.law.cornell.edu/ucc/ucc.table.html

www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idSectionTA=LEGISCTA000023427275&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20130909

www.legifrance.gouv.fr/rechCodeArticle.do?reprise=true&page=1

www.lexnavarra.navarra.es/detalle.asp?r=1277

www.lloyds.com

www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-56.html

www.opsi.gov.uk/Acts/acts1996/ukpga_19960023_en_3

www.procuraduria.gov.co/iemp/Procurador-general_pide_preparacion_para_defender_los_intereses_colombianos_en_los_tribunales_del_arbitramento_internacional.news

www.proexport.com.co/vbecontent/NewsDetail.asp?ID=11216&IilisDCompany=16

www.sccam.org/sa/download/IPRG_spanish.pdf

www.tldb.de

www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook-s.pdf

www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/CISG-s.pdf

www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration.html

www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html

www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/insolvency/1997Model.html

www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/transport_goods/rotterdam_status.html

www.unidroit.org

www.unidroit.org/spanish/modellaws/2002franchise/2002modellaw-s.pdf

www.unidroit.org/spanish/modellaws/2008leasing/s-59a-17-s.pdf

www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf

www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf

www.unilex.info

www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13621&x=1

www.ustr.gov/trade-agreements

www.wipo.int

www.wto.org

Abogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (1997). Tiene un posgrado en Derecho Civil de la Universidad de Salamanca (España, 1999) y es especialista en Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Javeriana (2001). Magíster en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia (2013); su tesis *El sistema actual de creación del derecho comercial colombiano y la inclusión de la nueva lex mercatoria como categoría autónoma* fue aprobada con mención de publicación. Abogado del Departamento Legal de la Cámara de Comercio de Bogotá y asesor de la Dirección de Asuntos Internacionales del Ministerio de Justicia y del Derecho. Primer director de *Foro de Derecho Mercantil*, revista internacional; editor de la *Revista Internacional de Arbitraje* y periodista de *Ámbito Jurídico*; redactor de Legis. Fue miembro de la Comisión Redactora de la Ley 527 de 1999 "por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones". Representante por Colombia en el 31 periodo de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI - UNCITRAL). Miembro del Comité de Costumbre y del Subcomité de Prácticas Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá. En representación de Colombia integró el *Task Force* de Franquicia de la Cámara de Comercio Internacional. Profesor de las universidades de la Sabana, Andes y Sergio Arboleda. Actualmente es profesor principal de Derecho Civil y Comercial en la Universidad del Rosario, en pregrado, posgrado y en la Maestría en Derecho e investigador asociado de la Línea de Investigación en Derecho Comercial del Grupo de Derecho Privado de la misma institución, asesor y consultor privado.



Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en abril de 2015

Se compuso en caracteres Ehrhardt Regular de 12 puntos
y se imprimió sobre propalbond de 70 gramos
Bogotá - Colombia

Post tenebras spero lucem